

البناية في شرح الهداية

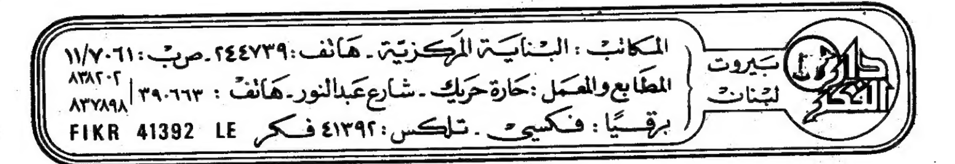
لأبي محمد محمود بن أحمد العيني

المولوي محمد عمر الشهير بناصر الإسلام الرامفوري

تنبيه: متن الهداية في رأس الصفحة بحرف كبير وشرح البناية للعيني تحته ثم تعليقات المولوي محمد عمر مفصولاً بينها بخط.

الجزء التاسع

دار الفكر
للطباعة والنشر والتوزيع



قام بإخراج هذه الطبعة وتصحيحها

دار الفكر ببيروت

الطبعة الأولى ١٤٠٠ هـ - ١٩٨٠ م

الطبعة الثانية : منقحة وبها زيادات

١٤١١ هـ - ١٩٩٠ م

المسهمون في إخراج هذا الكتاب
مكتب التوثيق والدراسات في دار الفكر

بسم الله الرحمن الرحيم

كتاب الصلح

قال الصلح على ثلاثة أضرب ، صلح مع إقرار ، وصلح مع سكوت وهو أن لا يقر المدعى عليه ولا ينكر ، وصلح مع إنكار وكل ذلك جائز

(كتاب الصلح)

أي هذا كتاب في بيان أحكام الصلح بانواعه . وجه المناسبة بين الكتابين من حيث أن في الإقرار ترك المخاصمة وهو صلح بعينه . قال الجوهري الصلاح ضد الفساد، يقول صلح الشيء يصلح صلوحاً مثل دخل يدخل دخولاً . قال الفراء رحمه الله وحكى أصحابنا صلح أيضاً بالضم ، والصلاح بكسر الصاد مصدر المصالحة ، واسم الصلح يذكر ويؤنث وقد اصطلحا وتصالحا وهما أصلحا ايضاً مشددة الصاد . ويقال الصلح اسم للمصالحة ، بخلاف المخاصمة .

وفي اصطلاح الفقهاء عقد وضع لرفع المنازعة ، وسببه تعلق البقاء المقدر بتعاطيه . وشرطه كون المصالح عنه مما يجوز الاعتياض عنه ، وله تفصيل سيأتي إن شاء الله عز وجل . وركنه الإيجاب مطلقاً والقبول فيما يتعين بالتعيين . وأما إذا وقعت الدعوى في الدراهم والدنانير وطلب الصلح على ذلك الجنس فقد تم الصلح بقول المدعي قد فعلت ولا يحتاج فيه إلى قبول المدعى عليه ، لأنه إسقاط لبعض الحق وهو يتم بالمسقط ، وحكمه تملك المدعي المصالح عليه منكراً كان الخصم أو مقراً . وأنواعه مذكور في الكتاب . وجوازه بقوله تعالى ﴿ والصلح خير ﴾ ١٢٨ النساء ، والحديث المذكور في الكتاب .

(قال) أي القدوري رحمه الله (الصلح على ثلاثة أضرب ، صلح مع إقرار ، وصلح مع سكوت ، وهو أن لا يقر المدعى عليه ولا ينكر ، وصلح مع انكار وكل ذلك جائز)

لإطلاق قوله تعالى ﴿ والصلح خير ﴾ ١٢٨ النساء . ولقوله عليه السلام كل صلح جائز فيما بين المسلمين إلا صلحاً أحل حراماً أو حرم حلالاً . وقال الشافعي « رح » لا يجوز مع انكار أوسكوت لما روينا ، وهذا بهذه الصفة لأن البدل كان حلالاً على الدافع حراماً على الآخذ فينقلب الأمر . ولأن المدعى عليه يدفع المال لقطع الخصومة عن نفسه ، وهذا رشوة .

وبه قال مالك وأحمد « رح » . وقال الشافعي « رح » لا يجوز إلا مع الإقرار . وفي التحفة الصلح مع الإنكار لا يجوز عند ابن أبي ليلى ، وهو قول الشافعي « رح » ويجوز الصلح أيضاً عن سكوت المدعى عليه عند ابن أبي ليلى كمذهبنا. وقال الشافعي لا يجوز (لإطلاق قوله تعالى ﴿ والصلح خير ﴾ ١٢٨ النساء) .

فإن قيل النكرة إذا أعيدت معرفة كان الثاني غير الأول ، فإن الآية سبقت في الصلح بين الزوجين بدليل سياق الآية ﴿ وإن امرأة خافت ﴾ ... الآية . قلت قال في الإسرار في قوله والصلح خير كلام مستقل بذاته ، فلا يربط بسببه .

(ولقوله عليه السلام) أي ولقول النبي ﷺ (كل صلح جائز فيما بين المسلمين إلا صلحاً أحل حراماً أو حرم حلالاً) الحديث رواه الترمذي عن كثير بن عبد الله بن عمرو بن عوف المزني عن أبيه عن جده أن رسول الله ﷺ قال الصلح جائز إلى آخره سواء، وزاد الترمذي والمسلمون على شروطهم إلا شرطاً أحل حراماً أو حرم حلالاً ، وقال حديث حسن صحيح .

(وقال الشافعي لا يجوز مع انكار أو سكوت لما روينا) وهو الحديث المذكور ، وهو يستدل بآخر الحديث (وهذا) أي الصلح على الانكار (بهذه الصفة ، لأن البدل كان حلالاً على الدافع حراماً على الآخر فينقلب الأمر) أي يصير حراماً على الدافع حلالاً على الآخذ (ولأن المدعى عليه يدفع المال لقطع الخصومة عن نفسه ، وهذا رشوة) وقد لعن الشارع الراشي والمرتشي .

ولنا ما تلونا وأول ما روينا وتأويل آخره أحل حراماً بعينه كالخمر أو حرم حلالاً بعينه كالصلح على أن لا يطأ الضرة ولان هذا صلح بعد دعوى صحيحة فيقتضي بجوازه ، لأن المدعي يأخذه عوضاً عن حقه في زعمه ، وهذا مشروع ، والمدعى عليه يدفعه لدفع الخصومة عن نفسه ، وهذا مشروع أيضاً إذ المال وقاية الأنفس ، ودفع الرشوة لدفع الظلم أمر جائز .

(ولنا ما تلونا من الآية) من غير فصل (واول ما روينا) وهو قوله عليه السلام كل صلح جائز بين المسلمين فإنه باطلاقه يتناول الصلح مع الانكار والسكوت (وتأويل آخره) أي آخر الحديث ، وهو قوله إلا صلحاً أحل حراماً أو حرم حلالاً (أحل حراماً بعينه كالخمر ، أو حرم حلالاً بعينه كالصلح على أن لا يطأ الضرة) أي كالصلح مع امرأته أن لا يطأ ضرتها أو أمته ، وهذا النوع من الصلح باطل عندنا (ولأن هذا) دليل آخر ، أي ولأن هذا الصلح مع الانكار (صلح بعد دعوى صحيحة) ولهذا يستحلفا المدعى عليه (فيقتضي بجوازه ، لأن المدعي يأخذه عوضاً عن حقه في زعمه ، وهذا مشروع) لا حرج علينا (والمدعى عليه يدفعه لدفع الخصومة عن نفسه ، وهذا مشروع أيضاً ، إذ المال وقاية الانفس) والناس يحتاجون إلى هذا الصلح لقطع المنازعات ودفع الخصومة ، ولهذا قال الشيخ أبو منصور الماتريدي لم يعمل الشيطان في إيقاع العداوة والبغضاء بين الناس مثل من عمل في ابطال الصلح على الانكار لما فيه من امتداد المنازعات بين الناس ، كذا في المحيط .

(ودفع الرشوة) هذا جواب عن قوله وهذا رشوة ، تقريره أن دفع الرشوة إلى ظالم (لدفع الظلم أمر جائز) لأن المال خلق لصيانة الأنفس . وقال محمد فهذا لا بأس به ، وليس هذا سحت إلا على من أكله ، فأما من أعطاه لمنفعة في دار الإسلام أيضاً ، أى رشى انساناً يخاف ظلمه وحبسه فلا بأس بذلك ، ويكره للمرتشى . ونقل أبو الليث عن

قال وإن وقع الصلح عن إقرار اعتبر فيه ما يعتبر في البياعات إن وقع عن مال بمال لوجود معنى البيع ، وهو مبادلة المال بالمال في حق المتعاقدين بتراضيهما ، فيجري فيه الشفعة إذا كان عقاراً ويرد بالعيب ويثبت فيه خيار الشرط والرؤية ويفسده جهالة البدل لأنها هي المفضية إلى المنازعة دون جهالة المصالح عنه لانه يسقط ويشترط القدرة على تسليم البدل . وإن وقع عن مال بمنافع يعتبر بالإجارات لوجود معنى الإجارة وهو تمليك المنافع بمال والإعتبار في العقود لمعانيها

أبي يوسف « رح » جواز المصالحة للأوصياء في أموال اليتامى مخافة أخذ المتغلب ، وبه يفتى .

(قال) أى القدوري (فإن وقع الصلح عن إقرار اعتبر فيه ما يعتبر في البياعات إن وقع) أي الصلح (عن مال) أي عن دعوى مال (بمال الوجود معنى البيع ، وهو مبادلة المال بالمال في حق المتعاقدين بتراضيهما) فاذا تحقق فيه معنى المبيع (فيجري فيه الشفعة إذا كان عقاراً ويرد بالعيب ويثبت فيه) إذا كان الصلح خيار الرؤية ويشترط، أي ويثبت فيه أيضاً (خيار الشرط والرؤية ويفسده) أي ويفسد الصلح (بجهالة البدل، لأنها هي المفضيه إلى المنازعة دون جهالة المصالح عنه لأنه يسقط) أى لأن المصالح عنه يسقط كما يقول السفراء بين المتخاصمين كل دعوى لك على فلان صالحته على هذا المقدار ، وبه قال مالك وأحمد . وقال الشافعي يفسد جهالة المصالح عنه ايضا كما في المبيع .

(ويشترط القدرة على تسليم البدل) حق لو صالح على عبد آبق لم يصح (وإن وقع) أى الصلح (عن مال بمنافع يعتبر بالإجارات لوجود معنى الإجارة وهو تمليك المنافع بمال والاعتبار في العقود لمعانيها) وهذا كان البيع بالتعاطي صحيحا ، وكانت الهبة بشرط العوض ، وكانت الحوالة بشرط مطالبة الأصيل كفالة ، والكفالة بشرط براءة الأصيل

فيشترط التوقيت فيها ويبطل الصلح بموت أحدهما في المدة لانه إجارة . قال والصلح عن السكوت والإنكار في حق المدعى عليه لافتداء اليمـــين وقطع الخصومة وفي حق المدعي لمعنى المعاوضة لما بينا . ويجوز أن يختلف حكم العقد في حقهما كما يختلف حكم الإقالة في حق المتعاقدين وغيرهما وهذا في الانكار ظاهر وكذا في السكوت لانه يحتمل الإقرار والجحود ، فلا يثبت كونه عوضاً في حقه بالشك ،

حوالة ، فاذا اعتبر بالإجارة (فيشترط التوقيت فيها) حتى لو وقع الصلح على سكنى بيت بعينه إلى مدة معلومة جاز ، وإذا لم تكن المدة معلومة فلا يجوز .

(ويبطل الصلح بموت أحدهما) أي أحد المتعاقدين في الصلح (في المدة) كالإجارة (لأنه) أي لأن الصلح عن مال بمنافع (اجارة) لصدق معناه عليه فيرجـع المدعي في دعواه بقدر ما يستوفي من المنفعة .

(قال) أي القدوري (والصلح عن السكوت والانكار في حق المدعى عليه لافتداء اليمين وقطع الخصومة ، وفي حق المدعي لمعنى المعاوضة لما بينا) أشار به إلى مـــا ذكر قريبا بقوله لأن المدعي يأخذه عوضا عن حقه في زعمه ... إلى آخره ، وذلك لأن المدعي يزعم انه محق في دعواه ، والذى أخذه عوض حقه ، والمدعى عليـــه يزعم أن المدعي يبطل في دعواه ، والذي يعطيه لدفع الخصومة والشغب والذب عن نفسه وليس بممتنع اختلاف الحكم في حق المتعاقدين ، أشار اليه بقوله (ويجوز أن يختلف حـــكم العقد في حقهما) أي حكم عقد الصلح في حق المدعي والمدعى عليه (كما يختلف حكم الإقالة في حق المتعاقدين) فإنها فسخ في حقهما بيع جديد في حق ثالث (وغيرهما) أي وغير المتعاقدين فإنها بيع في حق غيرهما (وهذا) أي كونه الافتداء باليمين وقطع الخصومة (في الانكار ظاهر ، وكذا في السكوت ، لأنـــه يحتمل الإقرار والجحود ، فلا يثبت كونه عوضاً في حقه) أي في حق المدعى عليه (بالشك) لأنه على تقدير الإقرار يكون عوضاً مع أن حمل السكوت على الانكار أولى ، لأن فيه تفريغ الذمة وهو الأصل .

قال وإذا صالح عن دار لم يجب فيها الشفعة ، قال معناه إذا كان عن إنكار أو سكوت لانه يأخذها على أصل حقه ويدفع المال دفعاً لخصومة المدعي، وزعم المدعي لا يلزمه بخلاف ما إذا صالح على دار حيث يجب فيها الشفعة لان المدعي يأخذها عوضاً عن المال ، فكان معاوضة في حقه فيلزمه الشفعة بإقراره وإن كان المدعى عليه يكذبه قال وإذا كان الصلح عن إقرار واستحق بعض المصالح عنه رجع المدعى عليه بحصة ذلك من العوض لانه معاوضة مطلقة كالبيع وحكم الإستحقاق في البيع ، هذا وإن وقع الصلح عن سكوت أو انكار فاستحق المتنازع فيه رجع المدعي بالخصومة ورد العوض ،

(قال) أي القدوري (وإذا صالح عن دار لم تجب فيها الشفعة . قال) المصنف (معناه) أي معنى كلام القدوري (إذا كان عن انكار أو سكوت لأنه) أي لأن المدعى عليه (يأخذها) أي الدار (على أصل حقه) أي يستبقي الدار على ملكه لأنه يشتريها (ويدفع المال دفعاً لخصومة المدعي) على زعمه ، والمدعي يؤاخذه بما في زعمه (وزعم المدعي لا يلزمه ، بخلاف ما إذا صالح على دار حيث يجب فيها الشفعة ، لأن المدعي يأخذها عوضاً عن المال ، فكان معاوضة في حقه فيلزمه الشفعة بإقراره ، وإن كان المدعى عليه يكذبه) فصار كأنه قال اشتريتها من المدعى عليه وهو ينكر فتجب فيها الشفعة .

(قال) أي القدوري (وإذا كان الصلح عن إقرار فاستحق بعض المصالح عنه رجع المدعى عليه بحصة ذلك من العوض) أي بدل الصلح (لأنه معاوضة مطلقة كالبيع وحكم الاستحقاق في البيع هذا) أي الرجوع بالحصة من العوض (وإن وقع الصلح عن سكوت أو انكار فاستحق المتنازع فيه رجع المدعي بالخصومة) أي إلى المستحق ، لأنه قام مقام المدعى عليه (ورد العوض) أي بدل الصلح (لأن المدعى عليه ما بذل العوض إلا ليدفع

لان المدعى عليه ما بذل العوض إلا ليدفع الخصومة عن نفسه ، فإذا ظهر الاستحقاق تبين أن لا خصومة له ويبقى العوض في يده غير مشتمل على غرضه ، فيسترده وإن استحق بعض ذلك رد رخصته ورجع بالخصومة فيه، لانه خلا العوض في هذا القدر عن الغرض .
ولو استحق المصالح عليه من إقرار رجع بكل المصالح عنه لانه مبادلة وإن استحق بعضه رجع بحصته وإن كان الصلح عن إنكار أو سكوت رجع إلى الدعوى في كله أو بقدر المستحق إذا استحق بعضه ، لأن المبدل فيه هو الدعوى ، وهذا

الخصومة) أي خصومة المدعي (عن نفسه ، فإذا ظهر الاستحقاق تبين أن لا خصومة له فيبقى العوض في يده غير مشتمل على غرضه فيسترده) كالمكفول عنه إذا دفع المال إلى الكفيل تعرض دفعه إلى رب الدين ثم أرمى بنفسه قبل إذا الكفيل [1] فإنه يسترده لعدم اشتماله إلى عوضه .

(وإن استحق بعض ذلك) أي المصالح عنه (رد رخصته) أى من بدل الصلح (ورجع بالخصومة فيه) أي في البعض المستحق على المستحق لقيامه مقام المدعى عليه اعتباراً للبعض بالكل (لأنه خلا العوض في هذا القدر عن الغرض) أي عن غرض المدعى عليه (ولو استحق المصالح عليه) وكان الصلح (عن إقرار) الواو فيه للحال (رجع بكل المصالح عنه لأنه مبادلة) لأنه انما ترك الدعوى ليسلم له بدل الصلح ولم يسلم فيرجع بمبدله كما في البيع (وإن استحق بعضه رجع بحصته) أي بحصة الاستحقاق ، لأن المبدل هو الدعوى ، أي لأن المبدل فيه هو الدعوى ، وقد فاتت الدعوى فيعود إلى البدل .

(وإن كان الصلح عن انكار أو سكوت رجع إلى الدعوى في كله أو بقدر المستحق إذا استحق بعضه ، لأن المبدل فيه هو الدعوى ، وهذا) أي المذكور من الحكم إذا لم يجر

---

(١) هكذا سياق الجملة في الأصل .

بخلاف ما إذا باع منه على الإنكار شيئاً حيث يرجع بالمدعي ، لأن الإقدام على البيع إقرار منه بالحق له ، ولا كذلك الصلح ، لأنه قد يقع لدفع الخصومة . ولو هلك بدل الصلح قبل التسليم فالجواب فيه كالجواب في الإستحقاق في الفصلين . قال وإن ادعى حقاً في دار ولم يبينه فصولح من ذلك ثم استحق بعض الدار لم يرد شيئاً من العوض ، لأن دعواه يجوز أن تكون فيما بقي ، بخلاف ما إذا استحق كله لأنه يعرى العوض عند ذلك عن شيء يقابله فرجع بكله على ما قدمناه في البيوع . ولو ادعى داراً

لفظ البيع في الصلح ، أما اذا أجرى يكون الحكم فيه ما أشار اليه بقوله (بخلاف ما إذا باع منه على الانكار شيئاً حيث يرجع بالمدعى) صالح ذو اليد المنكر مع المدعى عليه عبد فقال بعت منك هذا العبد بهذا الدار ثم استحق العبد حيث يرجع المدعي على المدعى عليه بالدار لا بالدعوى (لأن الإقدام) أي إقدام المدعى عليه (على البيع إقرار منه بالحق له) أي للمدعي إذ الانسان لا يشتري ملك نفسه ، فكان حكمه حكم المبيع (ولا كذلك الصلح ، لأنه قد يقع لدفع الخصومة) .

(ولو هلك بدل الصلح قبل التسليم) إلى المدعي (فالجواب فيه) أي في الهلاك (كالجواب في الاستحقاق في الفصلين) أي في فصل الإقرار والانكار ، فان كان عن إقرار رجع بعد الهلاك إلى المدعي ، وإن كان عن انكار رجع بالدعوى .

(قال) أي القدوري (وإن ادعى حقاً في دار ولم يبينه فصولح من ذلك ثم استحق بعض الدار لم يرد شيئاً من العوض ، لأن دعواه يجوز أن تكون فيما بقى) أي في الذي بقى بعد الاستحقاق (بخلاف ما إذا استحق كله) يعني جميع الدار (لأنه يعرى العوض عند ذلك عن شيء يقابله فيرجع بكله على ما بيناه في البيوع) أي في آخر باب الاستحقاق (ولو ادعى داراً وصالح على قطعة منها) أي من الدار (لم يصح الصلح) وبه قال مالك

فصالح على قطعة منها لم يصح الصلح ، لأن مـــا قبضه من عين حقه وهو على دعواه في الباقي . والوجه فيه أحد الأمرين إما أن يزيد درهما في بدل الصلح فيصير ذلك عوضاً عن حقه فيما بقي أو يلحق بـــه ذكر البراءة عن دعوى الباقي .

فصـــل

والصلح جائز عن دعوى الأموال لأنه في معنى البيع على ما مر والمنافع

وأحمد والشافعي رحمه الله في وجه (لأن ما قبضه من عين حقه وهو على دعواه في الباقي) أي في باق الدار ، وقال المصنف « رح » (والوجه فيه) أي في وجه الصحة ، أي الحلية في صحة الصلح (أحد الأمرين إما أن يزيد درهما في بدل الصلح فيصير ذلك عوضاً عن حقه فيما بقى أو يلحق به) هو الوجه الثاني ، أي وأن يلحق به أي بهذا الصلح (ذكر البراءة عن دعوى الباقي) بأن يقول المدعي أبرأتك أو برئت من دعوى هذا الدار فيصح الإبراء لأن الإبراء عن دعوى العين جائز ، فلو قال أبرأتك من هذه الدار ومن خصومته في هذا الدار فهذا الإبراء لا يصح ، وله أن يخاصم بعد ذلك ، لأن هذا ابراء عن ضمانهـــا لا عن دعواها ، وعن هذا قالوا لو ان عبداً في يد رجل لو قال قاله آخر برئت منه كان مـبرءاً منه ولو قال أبرأتك منه وإن له أن يدعيه ، وإنما أبرأه من ضمانه كذا في الذخيرة .

(فصل)

أي هذا فصل في بيان ما يجوز وما لا يجوز .

(والصلح جائز عن دعوى الأموال) هذا لفظ القدوري (لأنه في معنى البيع) فما جاز بيعه جاز الصلح عنه (على ما مر) في البيع (والمنافـــع) بالجر أي والصلح ايضاً يجوز عن دعوى المنافع بأن ادعى في دار سكنى سنة وصية من رب الدار فجحده الوارث أو أقر به وصالحه على شيء جاز ، لأن أخذ العوض عن المنافع جائز بالإجارة ، فكذا

لأنها تملك بعقد الإجارة ، فكذا بالصلح والأصل أن الصلح يجب حمله على أقرب العقود إليه وأشبهها به احتيالاً لتصحيح تصرف العاقد[1] ما أمكن . قال ويصح عن جناية العمد والخطأ ، أما الأول فلقوله تعالى ﴿ فمن عفي له من أخيه شيء فاتباع ﴾ ... الآية ١٧٨ البقرة .

بالصلح (لأنها) أي لأن المنافع (تملك بعقد الإجارة ، فكذا بالصلح) أي فكذا تملك بالصلح (والأصل) أي في هذا الفصل (أن الصلح يجب حمله على أقرب العقود إليه وأشبهها به) أي وأشبه العقود بالصلح (احتيالاً لتصحيح تصرف العاقد ما أمكن) أي بقدر الإمكان ، فان كان عن مال بمال اعتبر بالشبهات ، وإن كان على منافع اعتبر بالإجارات .

(قال) أي القدوري (ويصح عن جناية العمد والخطأ) وكذا عن كل حق بجواز أخذ العوض عنه بلا خلاف (أما الاول) أي الصلح عن جناية العمد(فلقوله تعالى ﴿فمن عفي له من أخيه شيء فاتباع ﴾ ... الآية ١٧٨ البقرة) عن ابن عباس رضى الله عنهما ، هذه الآية نزلت في الصلح عن دم العمد ، وفي التفسير للآية معنيان أحدهما ما قاله ابن عباس والحسن والضحاك « فمن عفى له » أي أعطى له من دم أخيه بسهولة بطريق الصلح فاتباع ، أي فلولا القتيل اتباع المصالح بعد الصلح بالمعروف ، أي على محاقا[2] وحسن معاملة وإذا ارى على المصالح اذ ذاك الى ولي القتيل بإحسان في الاداء فهذا ظاهر الدلالة على جواز الصلح عن جناية الظل العمد المعنى الثاني ، وهو يروى عن ابن عمر رضى الله عنهما ان الآيـــة في عفو بعض الاولياء ويدل عليه قوله شيء فإنه يراد به البعض ، وتقديره فمن عفى له وهو القتل من أخيه في الدين وهو المقتول شيء من القصاص ما كان للقتيل أولياء يعفى بعضهم ، فقد صار نصيب الباقين مالاً وهو الآية على تخصيصهم من الميراث فاتباع بالمعروف فيتبع الذين لم يعفوا القاتل بطلب حصصهم بالمعروف أى

---

(١) العاقل – هامش .

(٢) هكذا الجملة في الأصل .

قال ابن عباس رضي الله عنه انهـــا نزلت في الصلح ، وهو بمنزلة النكاح حتى ان ما صلح مسمى فيه صلح بدلا ها هنا ، إذ كل واحد منهما مبادلة المال بغير المال إلا أن عند فساد التسمية هـــا هنا يصار إلى الدية ، لأنها موجب الدم . ولو صالح على خمر لا يجب شيء ، لأنه لا يجب بمطلق العفو . وفي النكاح يجب مهر المثل في الفصلين

بقدر حقوقهم من غير زيادة واداء اليه باحسان وليؤد القاتل الى غير العافي حقه ، وأيضاً غير ناقص فليس فيه دليل على المطلوب ظاهراً .

فلهذا قال المصنف (قال ابن عباس رضى الله عنهما أنها نزلت في الصلح) أي أن هذه الآية نزلت في الصلح أي عن دم العمد (وهو بمنزلة النكاح) أي الصلح عن جناية العمد بمنزلة النكاح . وفي المبسوط ما يصلح مهراً يصلح بدلاً في الصلح لأنه مال يستحق عوضاً عما ليس بمال في العقد ، وهو معنى قوله (حتى ان ما صالح مسمى فيه) أي في النكاح (صلح هاهنا) أي في الجناية عن العمد (اذ كل واحـد منهما) أي من النكاح والصلح عن دم العمد (مبادلة المال بغير المال) وهو ظاهر **(إلا أن عند فساد التسمية هاهنا)** هذا استثناء عن قوله الا ما صالح مسمى فيه صلح هاهنا ، أي لكن عند فساد التسمية في الصلح عن الجناية عن العمد على ثواب ادائه غير معنيين (يصار الى الدية) أي في مال القاتل ، لانه وجب بعقده ، فكان عليه خاصة (لأنهـا) أي لأن المصير الى الدية (موجب الدم) .

(ولو صالح على خمر لا يجب شيء) لانه لما لم يسم مالاً متقوماً صار ذكره والسكوت عنه شيئان . ولو سكت بعد العفو مطلقاً وفيه لا يجب شيء فكذا في ذكر الخمر (لأنه) أي لأن المال (لا يجب بمطلق العفو) فـلا يكون من ضرورة الصلح عن العود وجوب المال ، فإنه لو عفا ولم يسم مالاً صـح ، فصار ذكر الخمر وعدمـه سواء ، فيبقى مطلق العفو ، وفي مطلق العفو لا يجب شيء ، فكذا في ذكر الخمر (وفي النكاح يجب مهر المثل في الفصلين) أي في فصل فساد التسمية للجهالة ، وفي فصل ذكر ما لا يصلح مهراً كالخمر ،

لأنه الموجب الأصلي ، ويجب مع السكوت عنه حكماً ، ويدخل في إطلاق جواب الكتاب الجناية في النفس ومـــا دونها . وهذا بخلاف الصلح عن حق الشفعة على مال حيث لا يصح ، لأنه حق التملك ولا حق في المحل قبل التمليك ، أمـــا القصاص فملك المحل في حق الفعل فيصح الاعتياض عنه ، وإذا لم يصح الصلح تبطل الشفعة ، لأنه تبطل بالاعراض والسكوت

لأن النكاح لم يشرع بلا مال (لأنه) أي لأن مهر المثل (الموجب الأصلي) في النكاح .

(ويجب) أي مهر المثل (مع السكوت عنه) أي عن ذكر المهر (حــكماً) أي شرعاً لقوله تعــالى ﴿ أن تبتغوا بأموالكم ﴾ (ويدخل في إطلاق جواب الكتاب) أي القدوري ، وهو قوله ويصح عن جناية العمد والخطأ (الجناية في النفس وما دونها) لأن الجناية أعم من أن تكون واقعة على النفس أو ما دونها . وقال شمس الأئمــة البيهقي في الكفاية يجوز الصلح من القصاص في نفسه وما دونه على أكثر من دية ، وفي الخطأ لا يجوز على الزيادة ، لأن الواجب في الصورة الأولى ليس بمال ، فجاء كيفما كان . وفي الثانيــة الواجب مال مقدر شرعاً ، بخلاف القياس فلا يتجاوز عنه .

(وهذا) أي الصلح عن جناية العمد (بخلاف الصلح عن حق الشفعة على مال) وهو أن يصالح على أن يترك الشفعة بمال يأخذه من المشترى (حيث لا يصح) هــذا الصلح فتبطل الشفعة ولا يجب المال ، وبه قالت الثلاثة (لأنــه) أي لأن حق الشفعة (حق التملك ولا حق في المحل قبل التملك) وأخذ البدل أخذ مال في مقابلة ما ليس بشيء ثابت في المحل وذلك رشوة حرام .

(أما القصاص فملك المحــل في حق الفعل) أي في حق فعل القصاص (فيصح الاعتياض عنه) لأنه اعتياض عما هو ثابت له في المحــل فكان صحيحاً (وإذا لم يصح الصلح) أي عن حق الشفعة (تبطل الشفعة ، لأنه تبطل بالاعراض والسكوت) وبقوله حق الشفعة على مال احترازاً عن الصلح على أخذ يعطيه بعينه من الدار بثمن معلوم ، فإن

والكفالة بالنفس بمنزلة حق الشفعة ، حتى لا يجب المـــال بالصلح عنه غير أن في بطلان الكفالة روايتين على ما عرف في موضعه . وأما الثاني وهو جناية الخطأ فلأن موجبها المـــال ، فيصير بمنزلة البيع إلا أنه لا يصح الزيادة على قدر الدية ، لأنه مقدر شرعاً فلا يجوز إبطاله فترد الزيادة ،

الصلح مع الشفيع فيـــه جائز ، وعن الصلح على بيت بعينه من الدار بحصته من الثمن فإنه لا يصلح فان حصته مجهولة ، لكن لا تبطل شفعته ، لأنه لم يجـــد من الإعراض عن الأخذ بالشفعة .

وفي المبسوط صلح الشفيع على ثلاثة أوجه ، في وجه يصح ، وهو أن يصالح على أخـذ نصف الدار بنصف الثمن . وفي وجه لا يصح ولا تبطل شفعته ، وأن يصالح على أخـذ بيت معين منها بحصته من الثمن لا يصح ، لأن حصته مجهولة ولا تبطل شفعتـه ، لأنه لم يوجد منه الإعراض عن الشفعة . وفي وجه لا يصح وتبطل شفعته ، وهو أن يصالح على مال ، وهاهنا تبطل شفعته لوجود الإعراض منـــه عن الأخذ بالشفعة ولا يجب المال ، وقد ذكرناه .

(والكفالة بالنفس بمنزلة حق الشفعة ، حق لا يجب المال بالصلح عنه) أي في عدم جواز الكفالة . صورته صالح المكفول الكفيل على شيء من المال على أن يخرجـــه عن الكفالة لا يصلح الصلح ولا نعلم فيه خلافاً (غـير أن في بطلان الكفالة روايتين) ففي رواية أبي حفص تبطل الكفالة ، وبه يفتى. وفي رواية أبي سليمان لا تبطل (على مـــا عرف في موضعه) قـــال الأترازي أي في المبسوط . وقال الكاكي في كتاب الشفعة والحوالة والكفالة .

(وأما الثاني وهو جناية الخطأ) وهذا عطف على قوله أما الأول ، وأراد بالثاني في الصلح عن جناية الخطأ فإنه يجوز (فلأن موجبها المال فيصير بمنزلة البيع) فجاز أن في مقابلتها عوض من المال (إلا أنه) أي أن الصلح (لا يصح الزيادة على قدر الدية لأنه) أي لأن قدر الدية (مقدر شرعاً ، فلا يجوز إبطاله فترد الزيادة) على قدر الدية لئلا يلزم

بخلاف الصلح عن القصاص ، حيث يجوز الزيادة على قدر الدية ، لان القصاص ليس بمال ، وإنما يتقوم بالعقد ، وهـــذا إذا صالح على أحد مقادير الدية ، أما إذا صالح على غير ذلك جاز ، لانه مبادلة بها ، إلا أنه يشترط القبض في المجلس كيلا يكون افتراقاً عن دين بدين . ولو قضى القاضي بأحد مقاديرها فصالح على جنس آخر منها بالزيادة جاز ، لانه تعين الحق بالقضاء ، فكان مبادلة بها. بخلاف الصلح ابتداء ، لان تراضيهما على بعض المقادير بمنزلة القضاء في حق

المجاوزة عن التقدير الشرعي (بخلاف الصلح عن القصاص ، حيث يجوز الزيادة على قدر الدية ، لأن القصاص ليس بمال ، وإنما يتقوم بالعقد) لأن المال لم يجب بالعمد وإنما وجب بالعقد كالنكاح ، فيقوم بقدر ما وقع عليه العقد قل أو كثر (وهذا) اي عـــدم صحة الزيادة على قدر الدية (إذا صالح على أحد مقادير الدية) كالإبل والذهب والفضة ، وهي انواع الدية .

(وأما إذا صالح على غير ذلك) أي على غـــير مقادير الدية بأن صالح على مكيل أو موزون (جاز) الصلح على الزيادة (لأنه مبادلة بها) أي بالدية ، فيجوز لأن اختلاف الجنس لا يظهر الزيادة (إلا انه يشترط القبض في المجلس كيلا يكون افتراقا عن دين بدين) وهو دين الدين بدين بدل الصلح ، وهذا الذي قلنا من عدم جواز الزيادة على قدر الدين فيما إذا لم يقض القاضي بذلك (ولو قضى القاضي بأحد مقاديرها) مثل أن يقضي القاضي بألف دينار (فصالح على جنس آخر منها بالزيادة) بأن صالح على خمسة عشر ألف درهم (جاز) أي الصلح (لأنه تعين الحق بالقضاء ، فكان مبادلة بها) أي مبادلة الخمسة عشر الفاً بألف دينار . وعند الشافعي وأحمد لا يجوز .

(بخلاف الصلح ابتداء) أي لا يجوز الصلح بالزيادة على نوع من مقادير الدية قبـــل قضاء القاضي على نوع آخر منها (لان تراضيهما على بعض المقادير بمنزلة القضـــاء في حق

التعيين فلا يجوز الزيادة على ما تعين . قال ولا يجوز الصلح من دعوى حد ، لانه حق الله تعالى لا حقه ، ولا يجوز الإعتياض من حق غيره ، ولهذا لا يجوز الاعتياض إذا ادعت المرأة نسب ولدها ، لانه حق الولد لا حقها وكذا لا يجوز الصلح عما أشرعه إلى طريق العامة،

التعيين ، فلا يجوز الزيادة على ما تعين) بالشرع .

(قال) أي القدوري « رح » (ولا يجوز) أي الصلح (عن دعوى حد ، لأنه حق الله تعالى لا حقه) صورته أخـــذ زانياً أو سارقاً أو شارب الخمر فصالح على مال أن لا يرافعه إلى الحاكم فهو باطل ، ولا نعلم فيه خلافاً (ولا يجوز الاعتياض عن حق غيره) لأن هذا حق الله تعالى لا حق العبد ، والاعتياض عن حق الغير لا يجوز فـيرد ما أخذه (ولهذا) أي ولعدم جواز الاعتياض عن حق الغير (لا يجوز الاعتياض إذا ادعت المرأة بنسب ولدها لأنه) أي النسب (حق الولد لا حقها) أي لا حق الزوجين صورته ادعيت المرأة على رجل أن هذا الصبي الذي في يدها ابنه وجحد الرجل ولم تدع المرأة بالنكاح وقالت قد طلقني وإقرار الزوج انه قد طلقها وبانت وصالح من النسب على مائة فالصلح باطل ، لأن النسب حق الصبي فلا يجوز للأم اسقاطه ، كذا في شرح القدوري ، ونسب هذه الرواية إلى أبي يوسف « رح » في الإيضاح ، وقال النسب حق الصبي فـلا تملك الأم اسقاطه بعوض وغير عوض .

(وكذا لا يجوز الصلح عما اشرعه إلى طريق العامة) هذا ايضاً ايضاح لقوله فلايجوز الاعتياض عن حق الغير وتمام البيان فيه ما ذكره شيخ الإسلام علاء الدين الاسبيجابي في شرح الكافي في باب الصلح في العقار . قال ولو كان لرجل ظلة أو كنيف شارع على طريق نافذ فخاصمه رجل فيه وأراد طرحه فصالحه من ذلك على دراهم مسماة ليتركه كان باطلا وهذا على وجهين ، أما إن كان هذا على طريق نافذ أو غير نافذ والصلح على الترك أو على الطرح ، ونعني بالنافذ ما لا يكون لقوم خاص ، وقد يكون النافذ خاصاً ولكن الظاهر أنه متى كان المشروع للعامة كان حق العامة لا يخلو إما أن يكون ذلك بحق أو بغير حق

لأنه[1] حق العامة ، فلا يجوز أن يصالح واحداً على الانفراد عنه ويدخل في إطلاق الجواب حد القذف ، لان المغلب فيه حق الشرع .

والصلح على الطرح أو الترك . أما إذا كان الطريق مملوكاً للعامة وعليها ظلة أو كنيف لرجل فصالحه رجل على الطرح فيعطي له شيئا أو على الترك فيأخذ منه شيئاً ، أي كان بغير حق كان باطلاً ، لأن طرحه واجب عليه لكونه شاغلاطريق المسلمين بغير حق فواجب على واحد من آحاد الناس أن يأمره بالطرح على سبيل الأمر بالمعروف .

وإن كانت الظلة والكنيف بحق ويتصور ذلك بأن اختط الإمام موضعاً لانسان عين فتح البلد وسواه لآخر فالصلح فيها على الطرح جائز ، لأنه يسقط حقه وهو للتعالي بمال وفيه نفع هذه المصالح وللناس كافة فيصح ، وإن صالح على الترك لا يجوز ، لأنه لا يستفيد بهذا الصلح شيئاً ، وإن كان على طريق مملوك إن كان بحق فصالح على الطرح جاز وعلى الترك لا يجوز لما قلنا ، وإن كان بغير حق إن صالح على الترك جاز لأنه ليس فيه نزع حق ، فهذا يسقط حقه بأداء ما أخذ وفيه نوع نفع للمصالح وأهل السكة فيجوز ، وإن صالح على الترك جاز .

(فلا يجوز أن يصالح واحداً على الانفراد عنه ، لأنه حق العامة) وقيل بقوله إلى طريق العامة ، لأن الظلة إذا كانت على طريق غير نافذ صالح رجل من أهل الطريق جاز الصلح ، وقيد بقوله واحداً على الانفراد ، لأن صاحب الظلة لو صالح الإمام على دراهم ليترك الظلة جاز إذا كان في ذلك صلاح للمسلمين ويضعها في بيت المال لان اعتياض لإمام عن الشركة التامة جائز ، ولهذا لو باع شيئاً من بيت المال صح (ويدخل في اطلاق الجواب حد القذف) أي يدخل حد القذف في اطلاق جواب القدوري وهو قوله ولا يجوز من دعوى حد ، لان الحد بإطلاقه يشمل كل أحد (لان المغلب فيه حق الشرع)

---

(١) ولا يجوز أن يصالح واحد على الانفراد عنه لأنه حق العامة ، هامش .

قال وإذا ادعى رجل على امرأة نكاحاً وهي تجحد فصالحته على مال بذلته حتى يترك الدعوى جـــاز وكان في معنى الخلع لانه أمكن تصحيحه خلعاً في جانبه بناء على زعمه وفي جانبهـــا بذلاً للمال لدفع الخصومة. قالوا ولا يحل له أن يأخذ فيما بينه وبين الله تعالى إذا كان مبطلا في دعواه .

أي في حد القذف الغالب حق الشرع ، وهذا لا يورث ولا يسقط بالعفو عندنا وأخـــذ العوض على حق الغير لا يجوز .

وعندالشافعي وأحمد«رح»وإن كان المغلب فيه حق العبد ولكن حق غير مالي فلا يجوز أخذ العوض عنه . وقال شمس الائمة البيهقي « رح » في الكفاية صالح من حد القذف على مال لا يصح ويسترد المال ، وهو على حجته ، لان المغلب حق الله تعالى كما لو أخـــذ مرتكب كبيرة على أن لا يرفعه إلى السلطان ،وقال أيضاً دفع مالاً إلى شاهد لئلا يشهد فهو باطل ويسترد المال ، أو يصير الشاهد فاسقاً لا تقبل شهادته إلا إذا تاب كسائر الفسقة .

(قال) أي القدوري (وإذا ادعى رجل على امرأة نكاحاً وهي تجحد) أي المرأة تنكر (فصالحته على مال بذلته حتى يترك الدعوى جاز) أي هذا الصلح ، يعني نفاده في الظاهر ، فأما فيا بينه وبين الله تعالى فان كان على خلاف ما قال لا يحل له أخذه ، كذا في شرح الاقطع ويجيء الآن أيضاً (وكان في معنى الخلـــع) أي في زعم الزوج إذ ان الخلع بلفظ المرأة صحيح ، وبه قال بعض أصحاب أحمد . وقال بعض أصحابه لا يجوز (لانه أمكن تصحيحه خلعاً من جانبه بناء على زعمه ، وفي جانبها بذلاً للمال لدفـــع الخصومة . قالوا) أي المشايخ المتأخرون (ولا يحل له أن يأخذ فيا بينه وبـين الله تعالى إذا كان) أي الرجل (مبطلا في دعواه) وفي النهاية هـــذا عالم في جميع انواع الصلح ، بدليل ما ذكر في كتاب الإقرار . ولو أقر لغيره بمال والمقر له يعلم انه كاذب لا يحـل له أخذ ذلك المال ديانة ، إلا أن يسلمه بطيب نفسه فيكون تمليكاً بطريق الهبة ابتداء،وبه قالت الائمة الثلاثة « رح » .

قال وإن ادعت امرأة نكاحاً على رجل فصالحها على مال بذله لها جاز :
قال « رض » هكذا ذكره في بعض نسخ المختصر ، وفي بعضها
قال لم يجز وجه الاول أن يجعل زيادة في مهرها . ووجه الثـــاني
انه بذل لها المال لتترك الدعوى ، فإن جعل ترك الدعوى منها فرقة
فالزوج لا يعطي العوض في الفرقة وإن لم يجعل والحال على ما كان
عليه قبل الدعوى فلا شيء يقابله العوض فلم يصح . قال وإن ادعى

(قال) أي القدوري (وإذا ادعت امرأة نكاحاً على رجل فصالحها على مال بذله لها جاز) هذا لفظ القدوري (قال) أي المصنف (هكذا ذكر في بعض نسخ المختصر) أي هكذا ذكر القدوري في بعض نسخ المختصر ، يعني قال جاز هذا الصلح (وفي بعضها)أى وفي بعض نسخ مختصر القدوري (قال) أى القدورى (لم يجز) أي لم يجز هذا الصلح وقال الاترازى ورأيت في نسخه نسخة ثقة من نسخ القدورى مكتوبة في تاريـــخ سنة خمس وعشرين وخمسمائة عدم الجواز .

(وجه الأول) أى وجه جواز الصلح الذى ذكره (أن يجعل زيادة في مهرهـــا) يعني يجعل كأنه زاد في مهرها ثم خالعها على أصل المهر دون الزيادة (ووجه الثاني) أى وجه عدم الجواز (انه بذل لها المال) أى أن الرجل اعطى للمرأة المال (لتترك الدعوى فان جعل ترك الدعوى منها فرقة فالزوج لا يعطى العوض في الفرقة) إذ العوض في الفرقة من جانب الزوج إذ لا نسلم بشيء من هذه الفرقة ، وأما المرأة هي التي نسلم لها نفسها وتخلص عن الزوج (وإن لم يجعل) أى فرقة (والحال على ما كان عليه قبـــل الدعوى) يعني تكون هي على دعواها (فلا شيء يقابله العوض) يعني فلا يكون ما احدثه عوضاً عن شيء (فلم يصح) لانه رشوة محضر من غير دفع خصومة ، ويلزمها رد ، وإنما قلنا لم يقابله شيء ، لأن النكاح ما ثبت ضمناً وهي لم تترك الدعوى لأن الفرقة لم توجـــد فكان دعواها في زعمها على حالها لبقاء النكاح فلم يفد دفع المال فائدته فلا يجوز .

(قال) القدوري (وإن ادعى على رجل) مجهول الحال فأنكر الرجل (أنه عبده

على رجل انـــه عبده فصالحه على مال أعطاه جاز ، وكان في حق المدعي بمنزلة الإعتاق على مال لانه أمكن تصحيحه على هذا الوجه في حقه لزعمه ، ولهذا يصح على حيوان في الذمـــة إلى أجل . وفي حق المدعي عليه يكون لدفع الخصومة لانه يزعم أنه حر الاصل فجاز ، إلا انه لا ولاء له لإنكار العبـــد إلا أن يقيم البينة فتقبل ويثبت الولاء . قال وإذا قتل العبد المأذون له رجلا عمداً لم يجز له أن يصالح عن نفسه وإن قتل عبد له رجلا عمداً فصالح عنه جاز

فصالحه على مال أعطاه جاز ، فكان في حق المدعي بمنزلة الإعتاق على مال) لأنه أقرب العقود إليه شبهاً بالعتق على مال فيجعل في متوليه (لأنه أمكن تصحيحه على هذا الوجه في حقه لزعمه ، ولهذا) إيضاح لقوله وكان في حق المدعي بمنزلة الإعتاق على مال (يصح على حيوان في الذمة إلى أجل) أي ولكون هذا لا يصح اعتاقاً على مال يصح الصلح على حيوان في الذمة إذ لو كان مبادلة لما صح ، ألا ترى انه لا يصح السلم في الحيوان ، أمـــا الإعتاق على حيوان فصحيح ، فعلم إنه طريقه الاعتاق على مال.

(وفي حق المدعى عليه يكون لدفع الخصومة لأنه يزعم انه حر الأصل فجاز إلا انه لا يثبت الولاء له) أي المدعي (لانكار العبد إلا أن يقيم البينة) بعد ذلك على انه عبد (فتقبل ويثبت الولاء) لأنه صالحه على مال فيكون صلحه بمنزلة الإعتاق على مـــال فيثبت الولاء .

(قال) أي محمد « رح » في الجامع الصغير (وإذا قتل العبد المأذون له رجلاً عمداً لم يجز له أن يصالح عن نفسه) أي لم يجز للعبد المأذون له أن يصالح عن نفسه على مال سواء كان عليه دين أو رجع فساد الصلح لا يجوز لولا القتيل أن يقتله بعد الصلح لأنه لما صالحه فقد عفى عنه ببدل فصح العفو ولم يجب البدل في حق المولى فتأخر البدل إلى ما بعد العتق (وإذا قتل عبد له) أي للعبد المأذون له (رجلاً عمداً فصالح عنه جاز) سواء كان عليه

ووجه الفرق ان رقبته ليست من تجارته ، ولهذا لا يملك التصرف فيها بيعاً ، فكذا استخلاصاً بمال المولى ، وصار كالأجنبي أما عبده فمن تجارته وتصرفه نافذ فيه بيعاً ، فكذا استخلاصاً ، وهذا لأن المستحق كالزائل عن ملكه ، وهذا شراءه فيملكه ، قال ومن غصب ثوباً يهودياً

دين اولاً (ووجه الفرق) أي بين المسألتين (أن رقبته ليست من تجارته ، ولهذا لا يملك التصرف فيها) أي في رقبته على تأويل العضو أو الجزء (بيعاً) أى من حيث البيع قيد بالبيع لأنه يملك التصرف فيه إجارة ، كذا ذكره التمرتاشي (فكذا) أي فكذا لا يملك (استخلاصاً) أي استخلاص رقبته (بمال المولى ، وصار كالأجنبي) أي وصار العبد المأذون له كالأجنبي في حق نفسه ، لأن نفسه مال المولى والأجنبي إذا صالح عن مال مولاه بغير إذن لا يجوز ، فكذا هذا .

(أما عبده) المأذون له فهو (من تجارته) و كسبه (وتصرفه فيه نافذ بيعاً) أي من حيث البيع (فكذا) أي فكذا تصرفه نافذ (استخلاصاً) أي من حيث استخلاص رقبته (وهذا) يريد به أن تحقيق هذا (لأن المستحق كالزائل عن ملكه) لأن الأجنبي يصير مستحقاً بالجناية ، فكأنه زال عن ملكه فصار كأنه مملوك للمولى ، وهذا كان له أن[1] (وهذا شراؤه) أي وهذا الصلح كان شراؤه (فيملكه) أي فيملك ذلك ، بخلاف نفسه فإنه إذا زال عن ملك المولى لا يملك شراؤه ، فكذا لا يملك الصلح وطولب بالتفريق بينه وبين المكاتب ، فإنه لو قتل عمداً وصالح عن نفسه جاز . وأجيب بأن المكاتب حرير[2] فأكسابه له ، بخلاف المأذون له فإنه عبد من كل وجه و كسبه لمولاه .

(قال) أي محمد في الجامع الصغير (ومن غصب ثوباً يهودياً) قال الأكمل يهود قوم

---

(١) وبدا البياض في هـذا المقام ، وسببه لا يفهم ، والله أعلم ، هامش .

(٢) هكذا رسم الكلمة في الأصل والأصح حر .

قيمته دون المائة فاستهلكه فصالحه منها على مائة درهم جاز عند أبي حنيفة « رح » . وقالا يبطل الفضل على قيمته بما لا يتغابن الناس فيه ، لأن الواجب هي القيمة وهي مقدرة فالزيادة عليها تكون ربا ، بخلاف ما إذا صالح على عرض ، لأن الزيادة لا تظهر عند اختلاف الجنس ، وبخلاف ما يتغابن الناس فيه لأنه يدخل تحت تقويم المقومين

من أهل الكتاب ينسب اليهم الثوب ، يقـــال ثوب يهودي . وقال الكاكي والاترازي والذي يظهر لي أن لفظ يهود هنا اسم موضع ينسب اليه الثوب المعلوم القيمة (قيمته دون المائة فاستهلكه فصالحه منها على مائة درهم جاز عند أبي حنيفة « رح ») وضع المسألة في الأصل في العبد ، وكذا الخلاف في كل ما لا مثل له .

(وقالا) أي قال أبو يوسف ومحمد « رح » (يبطل الفضل على قيمته بما لا يتغـــابن الناس فيه) وبه قال الشافعي وأحمد رحمهما الله ، ثم قرر بالغصب لاستدعاء الصلح ذلك فان الحكم في المستهلك ، وكذلك وقيد بالثوب احترازاً عن غصب المثلى ، فان الصلح فيه بالدراهم والدنانير بالزيادة يجوز بالاجماع ، وقد يكون يهودياً ليعرف قيمته إذ لا بد أن يكون الثوب المدعى به موصوفاً ، يعني يعرف قيمته وقيد بالاستهلاك لأن الثوب إذا كان قائماً يجوز الصلح على أكثر من قيمته بالإجماع ، وقيد بقوله على مائة درهم لأنه لو صالحه على طعام موصوف في الذمة حاله وقبضه قبل الافتراق عن المجلس جاز بالإجماع ، ثم هذا الخلاف فيما إذا لم يقض القاضي بالقيمة على الغاصب ، أما بعد القضاء لو صالح على اكثر منها لا يجوز بالإجماع (لأن الواجب هي القيمة وهي مقدرة) أي القيمة مقدرة بالنقود شرعاً (والزيادة عليها) أي على القيمة (تكون ربا) كالصلح في الدية بأكثر من ألف دينار أو بأكثر من عشرة آلاف درهم .

(بخلاف ما إذا صالح على عرض) قيمة زائدة على قيمـــة المغصوب المستهلك (لأن الزيادة لا تظهر عند اختلاف الجنس) فلا يكون ربا (وبخلاف ما يتغابن الناس فيه ، لأنه يدخل تحت تقويم المقومين ، فلا تظهر الزيادة) لأنه لما دخل تحت تقويم المقومين ، فـــلا

فلا تظهر الزيادة . ولأبي حنيفة أن حقه في الهالك باق ، حتى لو كان عبداً وترك المولى أخذ القيمة يكون الكفن عليه أو حقه في مثله صورة ومعنى ، لأن ضمان العدوان بالمثل وإنما ينتقل إلى القيمة بالقضاء فقبله إذا تراضيا على الأكثر كان اعتياضاً فلا يكون ربا ، بخلاف الصلح بعد القضاء ، لان الحق قد انتقل إلى القيمة . قال وإذا كان العبد بين رجلين أعتقه أحدهما وهو موسر فصالحه الآخر على أكثر من نصف قيمته فالفضل باطل ، وهذا بالإتفاق ، أما عندهما فلما بينا . والفرق لأبي حنيفة «رح» أن القيمة في العتق منصوص عليها،

تظهر الزيادة) لأنه لما دخل تحت تقويم المقومين لم يعد ذلك فضلا فلم يكن ربا .

(ولأبي حنيفة أن حقه) أي حق المالك (في الهالك باق) ولم يزل ملكه عنه (حتى لو كان) أى الهالك (عبداً وترك المولى أخذ القيمة يكون الكفن عليه) أى على المغصوب منه . ولو كان آبقاً فعاد من آباقه كان مملوكاً له (أو حقه في مثله) أى في مثل الهالك (صورة ومعنى) أى من حيث الصورة ومن حيث المعنى ، تقرير هذا أن الحق على الرضى بالمثل هو الاصل (لان ضمان العدوان بالمثل ، وإنما ينتقل إلى القيمة بالقضاء فقبله) أى فقبل القضاء (إذا تراضيا على الأكثر كان اعتياضاً) عن حقه في العين والاستيفاء لعين حقه بأكثر منه (فلا يكون ربا ، بخلاف الصلح بعد القضاء) يعني بخلاف الصلح على الأكثر بعد قضاء القاضي بالقيمة (لان الحق قد انتقل إلى القيمة) فتكون الزيادة ربا لا محالة .

(قال) أى محمد في الجامع الصغير (وإذا كان العبد بين رجلين اعتقه أحدهما وهو موسر فصالحه الآخر على أكثر من نصف قيمته فالفضل باطل وهذا بالاتفاق) بين أصحابنا الثلاثة (أما عندهما) أى عند أبي يوسف ومحمد رحمهما الله (فلما بينا) أى في المسألة المتقدمة أنهما لما بطلا الفضل بالغبن الفاحش لكونه ربا وهنا كذلك .

(والفرق لأبي حنيفة) بين المسألتين (أن القيمة في العتق منصوص عليها) بقوله عليه الصلاة

وتقدير الشرع لا يكون دون تقدير القاضي فلا يجوز الزيادة عليه ، بخلاف ما تقدم ، لأنها غير منصوص عليها . وإن صالحه على عروض جاز لما بينا أنه لا يظهر الفضل .

والسلام من أعتق شقصاً من عبد مشترك بينه وبين شريكه قوم عليه نصيب شريكه (وتقدير الشرع لا يكون دون تقدير القاضي فلا يجوز الزيادة عليه بخلاف ما تقدم) وهو العبد المستهلك أو الثوب (لانها) أى لان القيمة (غير منصوص عليها) فلم تقم فيه دلالة التقدير بها ، ولهذا لا يكون مخيراً بين تضمين الغاصب وإبرائه والشريك الساكت مخير على ازالة ملك نصيبه بالإعتاق أو بالضمان أو بالسعاية اليه أشار في المبسوط .

(وإن صالحه على عروض جاز) أى الصلح على الفضل (لما بينا) عن قريب (أنه لا يظهر الفضل) أي عند اختلاف الجنس ، فلا يتحقق الربا والله أعلم بالصواب .

* * *

باب التبرع بالصلح والتوكيل به

قال ومن وكل رجلا بالصلح عنه فصالح لم يلزم الوكيل ما صالح عنه إلا أن يضمنه والمال لازم للموكل ، وتأويل هذه المسألة إذا كان الصلح عن دم العمد أو كان الصلح على بعض ما يدعيه من الدين لانه إسقاط محض ، فكان الوكيل فيه سفيراً ومعبراً فلا ضمان عليه كالوكيل بالنكاح ، إلا أن يضمنه لأنه حينئذ مؤاخذ بعقد الضمان لا بعقد الصلح .

(باب التبرع بالصلح والتوكيل به)

أي هذا باب في بيان حكم التبرع بالصلح وحكم التوكيل به . ولما بين صلح المرء بنفسه شرع في بيان صلح الغير عنه ، إذ الاول هو الاصل .

(قال) أي القدوري (ومن وكل رجلاً بالصلح عنه فصالح لم يلزم الوكيل ما صالح عنه) هكذا في رواية الشيخ أبي نصير ما صالح عليه ، والضمير صالح راجع إلى ما ، والمواد منه بدل الصلح ، وعلى رواية صاحب الهداية ما صالح عنه ، والضمير راجع إلى من (إلا أن يضمنه) أي إلا أن يضمن الوكيل المال (والمال لازم للموكل) أي على الموكل كما في قوله تعالى ﴿ إن أسأتم فلها ﴾ أي فعليها (وتأويل هذه المسألة) هذا قول المصنف يقول تأويل المسألة الي ذكرها القدوري (اذا كان الصلح عن دم العمد أو كان الصلح عن بعض ما يدعيه من الدين ، لأنه اسقاط محض ، فكان الوكيل فيه سفيراً ومعبراً فلاضمان عليه ، كالوكيل بالنكاح) فانه معبر وسفير فيه فلا يلزمه شيء (إلا أن يضمنه) أي إلا أن يضمن الوكيل المصالح به فيلزمه (لانه حينئذ مؤاخذ بعقد الضمان لا بعقد الصلح ،

أما إذا كان الصلح عن مال بمال فهو بمنزلة البيع فيرجع الحقوق إلى الوكيل ، فيكون المطالب بالمال هو الوكيل دون الموكل . قال وإن صالح عنه رجل بغير أمره فهو على أربعة أوجه إن صالح بمال وضمنه تم الصلح لأن الحاصل للمدعى عليه ليس إلا البراءة وفي حقها لأجنبي والمدعي عليه سواء فصلح أصيلا فيه إذا ضمنه كالفضولي بالخلع إذا ضمن البدل ويكون متبرعاً على المدعى عليه كما لو تبرع بقضاء الدين. بخلاف ما إذا كان بأمره ولا يكون لهذا المصالح شيء من المدعي .

وإنما ذلك للذي في يده ،

أما إذا كان الصلح عن مال بمال فهو بمنزلة البيع فيرجع الحقوق إلى الوكيل،فيكون المطالب بالمال هو الوكيل دون الموكل) .

(قال) أى القدورى (فإن صالح رجل عنه بغير أمره فهو على أربعة أوجه ، إن صالح بمال وضمنه تم الصلح) هذا الذي ذكره القدوري أحد الوجوه إلا أربعة ، وذكر المصنف وجه بقوله (لان الحاصل للمدعى عليه ليس إلا البراءة) لانه صح تعليق الاسقاط (في حقها) أى وفي حق البراءة (لاجنبي والمدعى عليه سواء) لان الساقط يتلاشى ، ومثله لا يختص بأحد ، فاذا كان كذلك (وصلح) أى الاجنبي أن يكون (أصيلا فيه) أى في هذا الضمان (إذا ضمنه) إضافة إلى نفسه (كالفضولي بالخلع) من جانب المرأة (إذا ضمن البدل) أي المال (ويكون متبرعاً على المدعى عليه) لا يرجع عليه بشيء (كما لو تبرع بقضاء الدين) .

(بخلاف ما إذا كان بأمره) أى لا يكون متبرعاً ويرجع عليه بما ضمن . وعند الشافعي وأحمد رحمهما الله يرجع إن ادى بأمره (ولا يكون لهذا المصالح شيء من المدعى) أى لا يصير الدين المدعى ملكاً للمصالح ، وبه قال الشافعي وأحمد رحمهما الله وإن كان المدعى عليه مقراً (وإنما ذلك) أى الدين (للذى في يده) وفي بعض النسخ للذى في

لأن تصحيحه بطريق الإسقاط ولا فرق في هذا بين ما إذا كان مقراً أو منكراً ، وكذلك إذا قال صالحتك على ألفي هذه أو على عبدي هذا صح الصلح ولزمه تسليمه ، لأنه أضافه إلى مال نفسه فقد التزم تسليمه فصح الصلح ، وكذلك لو قال على ألف وسلمها ، لأن التسليم إليه يوجب سلامة العوض له فيتم العقد لحصول مقصوده .

ذمته أي في يده (لأن تصحيحه) أي تصحيح الصلح (بطريق الاسقاط) لا بطريق المبادلة والساقط يتلاشى ويضمحل .

(ولا فرق في هذا) أي في أن المصالح لا يملك الدين المدعى به (بين ما إذا كان) أي الخصم (منكراً أو مقراً) اما إذا كان منكراً فظاهر ، لأنه في زعم المدعى عليه أنه لا شيء عليه فيكون متبرعاً في إسقاط الخصومة منه وزعم المدعي لم ينفذ اليه . وأما إذا كان مقراً بالدين وبالصلح ينبغي أن يصير مشترياً ما في ذمته بما أدى ، إلا ان شراء الدين من غير المذكور لا يصح لان فيه تمليك الدين من غير من عليه الدين ، وذا لا يجوز وبه قال أحمد والشافعي رحمهما الله في الأصح . بخلاف ما لو كان به عيناً والمدعى عليه مقراً ، فانه يصير مشترياً لنفسه إذا كان بغير أمره ، لان شراء الشيء من مالكه صحيح وإن كان في يد غيره .

(وكذلك) أي وكذلك يصح الصلح ، وهذا هو الوجه الثاني من الوجوه الاربعة (إذا قال صالحتك على ألفي هذه أو على عبدى هذا صح الصلح ولزمه تسليمه) أي لزم الفضولي تسليم الالف (لانه لما اضافه) أي لما أضاف المال المعقود عليه (إلى مال نفسه فقد التزم تسليمه) ولما لزمه التسليم بالاضافة (فصح الصلح) لانه تم عقده .

(وكذلك لو قال علي ألف) هذا هو الوجه الثالث ، أي وكذا يصح الصلح لو قال علي الف مطلقة (وسلمها) أي الالف (لان التسليم اليه) أي إلى المدعى (يوجب سلامة العوض له) أي للمدعى ، فإذا كان كذلك (فيتم العقد) أي عقد الصلح (لحصول المقصود) وهو سلامة البدل للمدعي ، فإذا حصل المقصود تم العقد لا محالة .

ولو قـــال صالحتك على ألف فالعقد موقوف ، فإن أجازه المدعي عليه جاز ولزمـــه الألف ، وإن لم يجزه بطـل ، لأن الاصـل في العقد إنما هو المدعى عليه لان دفـع الخصومة حاصل له ، إلا أن الفضولي يصير أصيلاً بواسطة إضافـــة الضمان إلى نفسه ، فإذا لم يضف بقي عاقداً من جهة المطلوب فيتوقف على إجازته ، قال « رض » ووجه آخر أن يقول صالحتك على هـــذه الألف أو على هذا العبد ولم ينسبه إلى نفسه ، لانه لما عينه للتسليم صار شارطاً سلامته له فيتم بقوله . ولو استحق العبد ووجد بـه عيباً فرده فلا سبيل له على المصالح ،

(ولو قال صالحتك على الف فالعقد موقوف ، فاذا أجازه المدعى عليه جاز ولزمه الالف ، وإن لم يجزه بطل) هذا لفظ القدورى وهو الوجه الرابع من الوجوه الاربعـة وقال المصنف (لأن الأصل في العقد إنما هو المدعى عليه ، لأن دفع الخصومة حاصل له) لأن المدعى عليه هو المحتاج إلى إسقاط الخصومة عن نفسه (إلا أن الفضولي يصير اصيلاً بواسطة إضافة الضمان إلى نفسه) بدليل أنه يجبر على الأداء كما يجبر الأصيل ، لأن الزعيم غارم والوفاء بالشرط لازم خصوصاً إذا كان الشرط في عقد لازم (فإذا لم يضف) لم يكن عليه شيء ولكنه (بقى عاقداً من جهة المطلوب ، فيتوقف على إجازته) أي على إجازة المدعى عليه فان قبل لزمه المال . وإن رده بطل الصلح .

(قال) أي المصنف ، وفي نسخة الاترازي قـــال العبد الضعيف وفي نسخة شيخنا العلاء قال رضى الله عنه (ووجه آخر) أي غير الوجوه الأربعة التي ذكرهـا (وهو أن يقول صالحتك على هذا الألف أو على هذا العبد ولم ينسبه إلى نفسه ، لأنه لما عينه للتسليم صار شارطاً سلامته فيتم له) أي سلامة المصالح عليـــه للمدعي فيتم ، أي الصلح بقول المصالح ذكر هذا تفريعاً على مسألة القدوري (ولو استحق العبد) أي العبد الذي صالحه عليه (ووجد به عيباً فرده فلا سبيل له على المصالح) وكذا لو وجد حراً أو مكاتباً أو مدبراً

لانه التزم الإيفاء من محل بعينه ولم يلتزم شيئاً سواه ، فإن سلم المحل له تم الصلح، وإن لم يسلم لم يرجع عليه بشيء . بخلاف ما إذا صالح على دراهم مسماة وضمنها ودفعها ثم استحقت ووجدها زيوفاً حيث يرجع عليه ،لانه جعل نفسه أصيلاً في حق الضمان ، ولهذا يجبر على التسليم ، فإذا لم يسلم له ما سلمه يرجع عليه ببدله .

(لأنه) أي لأن المصالح (التزم الإيفاء من محل بعينه ولم يلتزم شيئاً سواه) أي سوى ما عين (فإن سلم المحل له تم الصلح وإن لم يسلم به لم يرجع عليه بشيء) أى على المصالح ، ولكن يرجع إلى دعواه .

(بخلاف ما إذا صالح على دراهم مسماة وضمنها ودفعها ثم استحقت) أي الدراهم (أو وجدها زيوفاً حيث يرجع عليه) أي على الذي صالحه (لأنه) أي لأن المصالح (جعل نفسه أصيلا في حق الضمان) فصار ديناً في ذمته حيث ضمنه (ولهذا) أي ولأجل ذلك (يجبر) أى المصالح (على التسليم) أى تسليم الدراهم إذا ضمنها، بخلاف ما إذا لم يضمن حيث لا يجبر (فإذا لم يسلم له ما سلمه يرجع عليه ببدله) أى ببدل ما لم يسلم إليه، والله أعلم بالصواب .



باب الصلح في الدين

قال وكل شيء وقع عليه الصلح وهو مستحق بعقد المداينـــة لم يحمل على المعاوضة، وإنما يحمل على أنه استوفى بعض حقه وأسقط باقيه ، كمن له على آخر الف درهم فصالحه على خمسمائـــة ، وكمن له على آخر الف جياد فصالحه على خمسمائة زيوف جاز فكأنه أبرأه عن بعض حقه ،

(باب الصلح في الدين)

أي هذا باب في بيان حكم الصلح عن عموم الدعاوى ، شرع في هذا الباب حكم الخاص وهو دعوى الدين لأن الخصوص أبداً يكون بعد العموم .

(قال وكل شيء وقع عليه الصلح وهو مستحق بعقد المداينة) أي من جنس ما يستحقه المدعي على المدعى عليه بعقد المداينة البيع بالدين ، وإنما وضع المسألة في الدين وإن كان الحكم في الغصب كذلك حملا لأمر المسلم على الصلاح ، لأنه هو المشروع إلى الغصب ، وهو نظير قوله عليه السلام من قام عن صلاة أو نسيها ... الحديث ، مع أن الحكم في العمد كذلك. قال الكاكي وهاهنا ينبغي أن يزاد قيد آخر . وهو أن يقال وكل شيء وقع عليه الصلح وهو مستحق بعقد المداينة ، ولا يمكن حمله على بيع الصرف لم يحمل على المعاوضة ، لأنه لو أمكن حمله على بيع الصرف مع انه مستحق بعقد المداينة يحمل على المعـــاوضة لا على اسقاط البعض (لم يحمل على المعاوضة) لما فيه من الربا (وإنما يحمل على انـــه استوفى بعض حقه وأسقط باقية ، كمن له على آخر ألف درهم فصالحه على خمسمائة ، وكمن له على آخر الف جياد فصالحه على خمسمائة زيوف جـــاز) أى الصلح (وصار كأنه أبرأه عن بعض حقه) .

وهـــذا لان تصرف العاقل يتحرى تصحيحه ما أمكن ، ولا وجه لتصحيحه معاوضة لإفضائه إلى الربا ، فجعل إسقاطاً للبعض في المسألة الاولى ، وللبعض والصفة في الثانيـــة . ولو صالح على ألف مؤجلة جاز وكأنه أجل نفس الحق، لانه لا يمكن جعله معاوضة ، لإن بيع الدراهم بمثلها نسيئة لا يجوز ، فحملناه على التأخير . ولو صالحه على دنانير إلى شهر لم يجز ، لان الدنانير غير مستحقة بعقـــد المداينة ، فلا يمكن حمله على التأخير ولا وجه له سوى المعاوضة وبيـع الدراهم بالدنانير نسيئاً

(وهذا) أي عكس عدم الحمل على المعاوضة (لأن تصرف العاقل يتحرى تصحيحه ما أمكن ، ولا وجه لتصحيحه معاوضة لافضائه إلى الربا ، فجعل إسقاطاً للبعض) أي لبعض الدين (في المسألة الأولى) وهي مسألة مسامحة الألف بخمسمائة (وللبعض) أي وجعل إسقاط لبعض الدين (والصفة) أي وإسقاطاً للصفة (في الثانية) أي في المسألة الثانية وهي مصالحة الجياد بالزيوف .

(ولو صالح على الف مؤجلة جاز) أي الصلح ، يعني إذا صالح الطالب على الف درهم مؤجلة جاز لما قلنا أن أمور المسلمين محمولة على الصلاح ما أمكن (وصار كأنه أجل نفس الحق ، لأنه لا يمكن جعله معاوضة ، لأن بيـع الدراهم بمثلها نسيئة لا يجوز) شرعاً ، لأن ذلك بيـع الدين بالدين (فحملناه على التأخير) أي تأخير الدين ، لأن التأخير تصرف في حقه لا في حق غيره .

(ولو صالحه على دنانير إلى شهر لم يجز) هذا لفظ القدوري ، أي لو صالح الطالب المطلوب عن الدراهم الحالة على دنانير مؤجلة (لأن الدنانير غير مستحقة بعقد المداينة فلا يمكن حمله على التأخير) أي تأخير الحق ، لان حق الطالب كان في الدراهم لا في الدنانير ولما لم يكن ذلك ولا غيره (ولا وجه له سوى المعاوضة وبيـع الدراهم بالدنانـــير نسيئاً

لا يجوز فلم يصح الصلح . قـــال ولو كانت له ألف مؤجلة فصالحـــه على خمسمائة حالة لم يجز ، لأن المعجل خير من المؤجل وهو غير مستحق بالعقد فيكون بإزاء ما حطه عنه وذلك اعتياض عن الاجل وهو حرام ، وإن كان له ألف سود فصالحه على خمسمائة بيض لم يجز ، لان البيض غير مستحقة بعقـــد المداينة وهي زيادة وصف فيكون معاوضة الالف بخمسمائة وزيادة وصف وهو ربا ، بخلاف مـــا إذا صالح عن الالف البيض على خمسمائة سود ، لانه اسقاط بعض حقه قدراً و وصفاً . وبخلاف ما إذا صالح على قدر الدين وهو أجود

لا يجوز ، فلم يصح الصلح) لأنه يؤدى إلى الربا .

(قال) أي القدوري (ولو كانت له ألف مؤجلة فصالحه على خمسمائة حاله لم يجز ، لأن المعجل خير من المؤجل وهو) أى المعجل (غير مستحق بالعقـــد فيكون) أي تعجيل الخمسمائة التي كانت عوض عن الاجل (بإزاء ما حطه عنه) فيكون بمقـــابلة الخمسمائة المحطوطة المؤجلة (وذلك اعتياض عن الاجل وهو حرام) ألا ترى أن ربا النساء حرام لشبهة مبادلة المال بالاجل ، فلأن تحرم حقيقة اولى ، وبه قالت الائمة الثلاثة واكثر العلماء.

(ولو كان له الف سود وصالحه على خمسمائة بيض لم يجز) المراد من السود الدراهم المضروبة من النقرة السود (لان البيض غير مستحقة بعقد المداينة وهي زيادة وصف) أى البيض زائدة من حيث الوصف (فيكون معاوضة الالف بخمسمائة زيادة وصف فيكون ربا) وفي بعض النسخ فهو ربا .

(بخلاف ما إذا صالح عن الالف البيض على خمسمائة سود ، لانـــه إسقاط بعض حقه قدراً ووصفاً) أى من حيث القدر والوصف ، حيث يجوز (وبخلاف ما إذا صالح على قدر الدين وهو أجود) أي قدر الدين أجود من الدين ، حيث يجوز ، ومعناه مـــا

لانـــه معاوضـة المثل بالمثل ولا معتبر بالصفة ، إلا انه يشترط القبض في المجلس . ولو كان عليه ألف درهم ومائة دينار فصالح على مائـــة درهم حالة أو إلى شهر صح الصلـح ، لانه أمكن أن يجعل إسقاطاً للدنانير كلها والدراهم إلا مائة وتأجيلا للباقي ، فلا يجعل معاوضة تصحيحاً للعقد ، ولان معنى الاسقاط فيه ألزم . قال ومن له على آخر الف درهم فقال أد لي غداً منها خمسمائة على أنك بريء من الفضل ففعل فهو بريء ، فإن لم يدفع إليه الخمسمائة غداً عـــاد عليه الالف وهو قول أبي حنيفة ومحمد « رح » .

قاله في شرح الكافي ، ولو كان له عليه الف درهم غلة فصالحه منها على الف درهم حالة فإن قبض قبل أن يعتبر ، فاجاز وان تفرقا قبل أن يقبض بطل (لانه معاوضة المثـل بالمثل ، ولا معتبر بالصفة ، إلا انه يشترط القبض في المجلس) لانـــه صرف ، والنخبة اسم لما هو الموجود من الدراهم السود .

(ولو كان عليه الف درهم ومائة دينار وصالح على مائة درهم حالة أو إلى شهرصح الصلح ، لانهأمكنان يجعل اسقاطاً للدنانير كلها والدراهم إلا مائةوتأجيلا للباقي) يعني يحمل على أنه اسقاط حقه في الدنانير أصلا ، واسقط حقه في الدراهم إلا مائة ، وإذا كان كذلك جاز التأجيل في المائة (فلا يجعل معاوضة تصحيحاً للعقـــد) وتحرزاً عن الربا (ولان معنى الاسقاط فيه) أي في الصلح (الزم) لانه مبني على الحطيطة والحط ها هنا اكثر ، فيكون الاسقاط الزم .

(قال) أى محمد في الجامع الصغير (ومن له على آخر الف درهم) أى حالة (فقال أد لي غداً منهاخمسمائةعلى انكبريءمن الفضيل ففعل فهو بريء) أي من الفضل (فان لم يدفع اليه الخمسمائة غـــداً عاد عليه الالف وهو قول أبي حنيفـة ومحمد رحمهما الله

وقال أبو يوسف لا يعود عليه لانه إبراء مطلق ، ألا ترى أنه جعل أداء الخمسمائة عوضاً حيث ذكره بكلمة على وهي للمعاوضة ، والاداء لا يصلح عوضاً لكونه مستحقاً عليه فجرى وجوده مجرى عدمه ، فبقي الإبراء مطلقاً فلا يعود كما إذا بدأ بالإبراء . ولهما أن هذا ابراء مقيد بالشرط فيفوت بفواته ، لانه بدأ بأداء الخمسمائة في الغد ، وانه يصلح غرضاً حذار افلاسه أو توسلاً إلى تجارة أربح منه ، وكلمة على وان كانت للمعاوضة ، في محتملة للشرط لوجود معنى المقابلة فيه

وقال أبو يوسف لا يعود عليه الالف لانه ابراء مطلق) فثبت البراءة مطلق أعطى أو لم يعط (ألا ترى أنه جعل اداء الخمسمائة عوضاً) أي عن الإبراء (حيث ذكره بكلمة على وهي للمعاوضة) أي كلمة على للمعاوضة (والاداء لا يصلح عوضاً) لان حد المعاوضة أن يستفيد كل واحد ما لم يكن[1] (لكونه مستحقاً عليه) لم يستفد منه شيء لم يكن وإذا كان كذلك (فجرى وجوده مجرى عدمه) أي جرى وجود الأداء عوضاً مجرى عدمة (فبقى الابراء مطلقاً ولا يعود كما إذا بدأ بالابراء) بأن قال أبرأتك على خمسمائة من ألف على أن تؤدى غداً خمسمائة من الألف على أن تؤدي غداً خمسمائة .

(ولهما) أي لابي حنيفة ومحمد رحمهما الله (أن هذا إبراء مقيد بالشرط) أي بشرط مرغوب فيه ، فيكون إبراء مقيداً (فيفوت بفواته) أي عند فواته ، فإن انتفاء الشرط ليس علة الانتفاء المشروط عندنا ، لكنه عند انتفائه فات لبقائه على العدم الاصلي ، وإنما قلنا انه مقيد بالشرط (لانه بدأ بأداء الخمسمائة في الغد ، وانه يصلح غرضاً حذار افلاسه أو توسلا إلى تجارة أربح منه) وصلح أن يكون شرطاً من حيث المعنى (وكلمة على وإن كانت للمعاوضة فهي محتملة للشرط لوجود معنى المقابلة فيه) أي في الشرط ، فإنه فيه مقابلة الشرط بالخبر لما كان بين العوضين وقد تعذر والعمل معنى المعاوضة ، فاذا كان

---

(١) هنا كلمة غير مقروءة .

فيحمل عليه عند تعذر الحمل على المعاوضة تصحيحاً لتصرفه ، أو لانه متعارف والابراء مما يتقيد بالشرط، وإن كان لا يتعلق بــه كالحوالة وستخرج البداية بالابراء ان شاء الله تعالى .

قال « رض» وهذه المسألة

كذلك (فيحمل عليه) أي على الشرط (عند تعذر الحمل على المعاوضة تصحيحاً لتصرفه) وقال الاكمل وكان منها قول بموجب العلة ، أي سلمنا انه لا يصح ان يكون مقيداً بالعوض لكن لا ينافي أن يكون مقيداً بوجه آخر وهو الشرط .

(أو لانه متعارف) معطوف على قوله لوجود المقابلة ، يعني ان حمل كلمة على الشرط لاحد معنيين ، إما لوجود المقابلة ، وإما لان مثل هذا الشرط في الصلح متعارف بأن يكون تعجيل البعض مقيداً الابراء الباقي ، والمعروف عرفاً كالمشروط شرطاً،وصار كما لو قال إن لم تنفذ غداً فلا يصلح بيننا (والابراء مما يتقيد بالشرط) هذا جواب عما يقال تعليق الإبراءبالشرط مثل ان يقول لغريم أو كفيل إذا أديت او متى اديت إلى خمسمائة فأنت بريء من الباقي باطل بالاتفاق ، والتقييد بالشرط وهو التعلق به، فكيف كان جائزاً أو تقديراً . الجواب أن الإبراء مما يتقيد بالشرط .

(وإن كان لا يتعلق به) يعني يجوز أن يكون الإبراء مقيداً بشروط مرغوب فيه وإن كان لا يتعلق به ، أي بالشرط حتى إذا قال الشرط انتقض الإبراء (كما في الحوالة[1]) فإنه مقيده بشرط سلامة الدين من ذمته،حتى إذا مات المحتال عليه مفلساً انتقضت الحوالة وعاد الدين إلى ذمة المحيل ، ولكن يجوز تعليق الإبراء بالشرط أصلاً لما فيه من معنى التمليك (وستخرج البدايةبالإبراء إن شاء الله تعالى) هذا عذر من تأخير جواب ما قاس عليه أبو يوسف بقوله كما إذا بدأ بالإبراء يعني بذكر الفرق بين المقيس والمقيس عليه عند قوله والثالث إذا قال أبرأتك إلى آخره .

(قال) أي المصنف رحمه الله (وهــذه المسألة) أشار به إلى قوله ومن له على آخر

---

(١) كالحوالة ــ هامش .

على وجوه ، أحدها ما ذكرناه ، والثاني اذا قال صالحتك من الالف على خمسمائة تدفعها الى غـــد وأنت بريء من الفضل على انك إن لم تدفعها إلى غد فالالف عليك على حاله . وجوابه أن الامر على ما قال ، لانه أتى بصريح التقييد فيعمل به . والثالث اذا قـــال أبرأتك من خمسمائة من الالف على أن تعطيني الخمسمائة غداً والابراء فيه واقع أعطى الخمسمائة أو لم يعط ، لانه أطلق الإبراء أولاً ، وأداء الخمسمائة لا يصح عوضاً مطلقاً ، ولكنه يصلح شرطا فوقع الشك في تقييده بالشرط فلا يتقيد به . بخلاف ما اذا بدأ بأداء خمسمائة لان الإبراء حصل مقروناً به ، فمن حيث انه لا يصلح عوضا يقع مطلقا ، ومن حيث انه يصلح شرطا لا يقع مطلقا ، فلا يثبت الاطلاق بالشك فافترقا .

الف درهم ... إلى آخره (على وجوه أحدها ما ذكرناه) وهو قوله ومن له على آخر ... إلى آخره .

(والثاني) أي الوجه الثاني (إذا قال صالحتك من الف على خمسمائة تدفعها إلي غـداً وأنت برىء من الفضل على انك إن لم تدفعها إلى غد فالألف عليك على حاله ، وجوابه أن الأمر على ما قال) أي بالإجماع (لأنه أتى بصريح التقييد فيعمل به) .

(والثالث) أي الوجه الثالث (إذا قال أبرأتك من خمسمائة من الألف على أن تعطيني الخمسمائة غداً والإبراء فيه واقـع أعطى) أي على (الخمسمائة أو لم يعط ، لأنه اطلق الإبراء اولاً واداء الخمسمائة لا يصلح عوضا مطلقاً ، ولكنه يصلح شرطاً فوقـع الشك في تقييده) أي يعتبر الإبراء (بالشرط فلا يتقيد به ،بخلاف مـــا إذا بدأ بأداء خمسمائة ، لأن الإبراء حصل مقروناً به) أي بالأداء (فمن حيث أنه لا يصلح عوضاً يقع مطلقاً ، ومن حيث انه يصلح شرطاً لا يقع مطلقاً فلا يثبت الإطلاق بالشك فافـــترقا)

والرابع اذا قال أد إلي خمسمائة على انك بريء من الفضل ولم يوقت للأداء وقتا . وجوابه أنه يصح الابراء ولا يعود الدين لان هذا ابراء مطلق ، لانه لما لم يوقت للأداء وقتا لا يكون الاداء غرضا صحيحا لانه واجب عليه في مطلق الازمان فلم يتقيد ، بل يحمل على المعاوضة ولا يصلح عوضا ، بخلاف ما تقدم ، لأن الأداء في الغد غرض صحيح . الخامس إذا قال إن أديت إلي خمسمائة أو قال إذا أديت أو متى أديت فالجواب فيه أنه لا يصح الإبراء ، لأنه علقه بالشرط صريحاً وتعليق البراءة بالشروط باطل لما فيها من معنى التمليك ، حتى ترتد بالرد ، بخلاف ما تقدم ، لأنه ما أتى بصريح الشرط

أي الوجهان ، وهو ما إذا بدأ بالإبراء ، وأما إذا بدأ بأداء الخمسمائة ...

(الرابع) أي الوجه الرابع (إذا قال أد إلى خمسمائة على أنك بريء من الفضل ولم يوقت للأداء وقتاً ، وجوابه أنه يصح ولا يعود الدين ، لأن هــذا إبراء مطلق لأنه لما لم يوقت للأداء وقتاً لا يكون الأداء غرضاً صحيحاً ، لأنه واجب عليه في مطلق الأزمـان فلم يتقيد ، بل يحمل على المعاوضة ولا يصلح عوضاً بخلاف ما تقدم) أي بخلاف ما إذا وقت للأداء وقتاً كما في قوله أد إلى غداً منها خمسمائة على انك بريء منها من الفضل (لأن الأداء في الغد غرض صحيح) .

(والخامس) أي الوجه الخامس (إذا قال إن اديت إلي خمسمائة أو قال إذا أديت أو متى أديت فالجواب فيه أنه لا يصح الإبراء لانه علقه بالشرط صريحاً ، وتعليق البراءة بالشرط باطل لما فيها) أي في البراءة (من معنى التمليك حتى ترتد بالرد ، بخلاف ما تقدم لأنه ما أتى بصريح الشرط) يعني إن الإبراء فيه معنى الإسقاط ومعنى التمليك ، فاذا صرح بالتعليق ثم يصح اعتبار بسبب التمليك ، وإذا لم يصرح به صح اعتبار الشبه

فحمل على التقييد به . قال ومن قال لآخر لا أقر لك بمالك حتى تؤخره عني أو تحط عني ففعل جاز عليه لأنه ليس بمكره ، ومعنى المسألة إذا قال ذلك سراً ، أما إذا قال علانية يؤخذ به .

فصل في الدين المشترك

وإذا كان الدين بين شريكين فصالح أحدهما من نصيبه على ثوب فشريكه بالخيار إن شاء اتبع الذي عليه الدين بنصفه وإن شاء أخذ نصف الثوب ، إلا أن يضمن له شريكه ربع الدين ،

الإسقاط ، فإذا كان كذلك (فحمل على التقييد به) أي بالشرط .

(قال) أي قال محمد في الجامع الصغير (ومن قال لآخر لا أقر لك بمالك حتى تؤخره عنى أو تحط عني ففعل) أخر دينه أو حط شيئاً من دينه (جاز عليه) أي هذا التصرف وهو التأخير أو الحط جاز على رب الدين حتى لا يتمكن من مطالبته في الحال ولامطالبة ما حط عنه ، وعند الشافعي وأحمد رحمهما الله يتمكن (لأنه) أي لأن رب الدين (ليس بمكره) لأنه يمكن دفع هذا بإقامة البينة أو التحليف (ومعنى المسألة إذا قال ذلك سراً أما إذا قال علانية يؤخذ به) أي يؤخذ المقر بجميع الحال في الحال بلا خلاف ، لأنه أقر عنه بالحق .

(فصل في الدين المشترك)

أي هذا فصل في بيان حكم الدين المشترك أخر هذا عن المفرد لأن المركب يتلو المفرد.

(وإذا كان الدين بين شريكين وصالح أحدهما من نصيبه على ثوب فشريكه بالخيار إن شاء اتبع الذي عليه الدين بنصفه ، وإن شاء أخذ نصف الثوب الا أن يضمن له شريكه ربع الدين) هذا لفظ القدوري ، والاستثناء من قوله فشريكه بالخيار ، يعني إذا ضمن الشريك المصالح ربع الدين ليس للشريك غير المصالح الخيار ، لأن حقه في الدين

وأصل هذا أن الدين المشترك بين اثنين إذا قبض أحدهما شيئاً منه فلصاحبه أن يشاركه في المقبوض لأنه ازداد بالقبض، إذ مالية الدين باعتبار عاقبة القبض، وهذه الزيادة راجعة إلى أصل الحق، فيصير كزيادة الولد والثمرة فله حق المشاركة، ولكنه قبل المشاركة باق على ملك القابض، لأن العين غير الدين حقيقة وقد قبضه بدلاً عن حقه فيملكه حتى ينفذ تصرفه فيه ويضمن لشريكه حصته،

ولا يكون له سبيل في الثوب، وإنما وضع المسألة في الدين بين شريكين، لأنه إذا ادعى اثنان في دار فصالح أحدهما من نصيبه من الدار على مال لم يشركه الآخر بلا خلاف بين العلماء سواء كان المدعى عليه منكراً أو مقراً، لأن الصلح بإقرار معاوضة فيجوز، وبإثبات معاوضة في زعم المدعى عليه فلا يثبت للشريك حق الشركة.

(والأصل في هذا [1]) الفصل (أن الدين المشترك بين اثنين إذا قبض أحدهما شيئاً منه فلصاحبه أن يشاركه في المقبوض، لانه ازداد بالقبض) أي لان الدين ازداد خيراً بسبب كونه مقبوضاً أو منقوداً (إذ مالية الدين باعتبار عاقبة القبض) لان الدين قبل القبض وصف شرعي، وبعد القبض صار عيناً منتفعاً قابلا للتصرفات، ولان الدين ليس بمال، ولهذا لو حلف على أن لا مال له ديون على الناس لا يحنث وبعدما قبض صار مالاً (وهذه الزيادة راجعة إلى أصل الحق، فيصير كزيادة الولد والثمرة فله حق المشاركة) في أصل الحق (ولكنه قبل المشاركة) هذا جواب عن سؤال مقدر وهو أن يقال لو كانت زيادة الدين بالقبض كالثمر والولد ينبغي أن لا يجوز تصرف القابض قبل ان يختار الشريك مشاركته كما في الثمر والولد لا يجوز التصرف بغير إذن الآخر. وتقدير الجواب ما قاله، ولكنه أي ولكن المقبوض قبل المشاركة، أي أن يختار الشريك مشاركة القبض (باق على ملك القابض، لان العين غير الدين حقيقة وقد قبضه بدلاً عن حقه فيملكه حتى ينفذ تصرفه فيه ويضمن لشريكه حصته).

---

(١) وأصل هذا – هامش.

والدين المشترك أن يكون واجباً بسبب متحد كثمن المبيع إذا كان صفقة واحدة وثمن المال المشترك والمورث بينهما وقيمة المستهلك المشترك ، فإذا عرفت هذا نقول في مسألة الكتاب له أن يتبع الذي عليه الأصل لأن نصيبه باق في ذمتـــه ، لأن القابض قبض نصيبه لكن له حق المشاركة وإن شاء أخذ نصف الثوب ، لأن له حق المشاركة إلا أن يضمن له شريكه ربع الدين لأن حقه في ذلك .

قال ولو استوفى أحدهما نصف نصيبه من الدين كان لشريكه أن

ثم عرف المصنف الدين المشترك بقوله (والدين المشترك أن يكون واجباً بسبب متحد كثمن المبيع إذا كان صفقة واحدة) قيد به لانه لو باع أحدهما نصيبه بخمسمائة والآخر نصيبه بخمسمائة وكتبا عليه صلحاً واحداً بألف ثم قبض أحدهما شيئاً لم يكن للآخر أن يشاركه فيه ، لان الفرق التسمية في حق القابض كتفرق الصفقة (وثمن المال المشترك) أي والدين المشترك ايضاً ثمن المال المشترك بين الاثنين (والمورث بينهما) أي بـــين الاثنين أي والثمن المورث بينهما بأن باع رجل عيناً ومات قبل قبض الثمن وله وارث (وقيمة المستهلك المشترك) بين الاثنين .

(فإذا عرفنا هـــذا) لمـــا فرغ المصنف رحمـــه الله من بيان الاصل قـال اذا عرفنا هذا وترك عليه (نقول في مسألة الكتاب) أي القدوري (له أن يتبع الذي عليه الاصل) أي للساكت أن يتبع المديون (لان نصيبه باق في ذمته) ولم يستوفيـه (لان القابض قبض نصيبه لكن له حق المشاركة وإن شاء أخذ نصف الثوب) ونصف الثوب قدر ربع الدين ، لان الثوب صولح عليه بنصف الدين فيكون الثوب قدر نصف الدين ونصف النصف ربـع لا محالة (لان له حق المشاركة الا أن يضمن له شريكه ربع الدين، لان حقه في ذلك) أى لان حقه في الاصل كان في الدين .

(قال) أي القدوري (ولو استوفى أحدهما نصف نصيبه من الدين كان لشريكه أن

يشاركه فيما قبض لما قلنا ثم يرجعان على الغريم بالباقي، لأنهما لما اشتركا في المقبوض لا بد أن يبقى الباقي على الشركة . قال ولو اشترى أحدهما بنصيبه من الدين سلعة كان لشريكه أن يضمنه ربع الدين لأنه صار قابضاً حقه بالمقاصة كملا ، لأن مبنى البيع على المماكسة ، بخلاف الصلح لأن مبنـــاه على الإغماض والحطيطة فلو ألزمناه دفع ربع الدين يتضرر به فيتخير القابض كما ذكرناه ولا بسبيل للشريك على الثوب في البيع لأنه ملكه بعقده ،

يشاركه فيما قبض لما قلنا) أى قبض هذا أن الدين المشترك بين اثنين إذا قبض أحدهما شيئاً منه فلصاحبه أن يشاركه في المقبوض (ثم يرجعان على الغريم الباقى ، لانهما لما اشتركا في المقبوض لا بد أن يبقى الباقى على الشركة) .

(قال) أي القدورى (ولو اشترى أحدهما بنصيبه من الدين سلعة كان لشريكه أن يضمنه ربع الدين ، لانه صار قابضا حقه بالمقاصة كملا) أى من غير حطيطة . بيان هذا أن رب الدين لما اشترى بنصيبه من الدين من المديون سلعة وجب على سلعة ذمة مثل ما وجب في ذمة المديون فالتقيا قصاصا فصار كأنه قبض نصف الدين كان لشريكه أن يرجع عليه بحصته من ذلك فكذا هذا .

(لان مبنى البيع على المماكسة) دليل قوله صار قابضا حقه بالمقاصة كملا (بخلاف الصلح) يعنى ما إذا صالح من نصيبه على سلعة كالثوب مثلا حيث يكون المصالح بالخيار إن شاء دفع اليه ربع الدين . وعند زفر يلزمه ان يؤدى إليه ربع الدين بلا خيار (لان مبناه) أى مبنى الصلح (على الاغماض والحطيطة) وهذا لا يملك بيعه مرابحة ، فكان المصالح بالصلح ابراءه عن بعض حقه وقبض البعض (فلو الزمناه دفع ربع الدين يتضرر) أى المصالح (به) لانه لم يستوف نصف الدين كملا ، فإذا كان كذلك (فيتخير القابض كما ذكرناه) أشار به الى قوله إلا أن يضمن له شريكه ، أى إلا ان يضمن القابض للساكت ربع الدين (ولا سبيل للشريك على الثوب في البيع ، لانه ملكه بعقده) أى لان الذى

والاستيفاء بالمقاصة بين ثمنه وبين الدين وللشريك أن يتبع الغريم في جميع ما ذكرنا . لأن حقه في ذمته باق ، لأن القابض استوفى نصيبه حقيقة لكن له حق المشاركة فله أن يشاركه ، فلو سلم ما قبض ثم توى ما على له الغريم له أن يشارك القابض ، لأنه إنما رضي بالتسليم ليسلم له مافي ذمة الغريم ولم يسلم . ولو وقعت المقاصة بدين كان عليه من قبل

اشترى نصيبه من الدين ثوبا ملكه بعقد البيع لا بسبب الدين . وقال الاترازي لايكون للشريك الساكت سبيل على الثوب في البيع يبقى في صورة الشراء ، ولكن مع هـذا لو اتفقا على الشركة في الثوب جاز ، لأن الثوب على ملك القابض ، فإذا سلم إلى الشريك الساكت نصفه ورضي هو بذلك صار كأنه باع منه نصف الثوب .

(والاستيفاء بالمقاصة) بالرفع جواب عما يقال هب انه ملك بعقده إنما كان ببعض دين مشترك وذلك يقتضي الإشتراك في المقبوض . وتقدير الجواب أن يقال الاستيفاء بالمقاصة أي استيفاء الشريك بالتقاصص (بين ثمنه وبين الدين) أي وبين دينه الخـاص لا بدين مشترك ، فلا يكون للشريك الساكت سبيـل على الثوب (وللشريك أن يتبع الغريم في جميع ما ذكرنا) أي وللشريك اتباع المديون حصة في صورة الصلح على الثوب وصورة أخذ الدين من الدراهم أو الدنانير ، وصورة شر السلعة (لأن حقه) أي لأن حق الساكت (باق في ذمته) أي في ذمة المديون (لأن القابض استوفى نصيبه حقيقة ، لكن له حق المشاركة في المقبوض فله أن لا يشاركه) يعني لا يلزمه المشاركة .

(فلو سلم له ما قبض) أي فلو سلم الشريك الساكت له أي القابض مـا قبضه وهو الثوب الذي بدل الصلح أو ثوب المشتري أو الدراهم أو الدنانير (ثم توى مـا على الغريم) بأن مات مفلساً (له أن يشارك القابض لأنه إنما رضي بالتسليم ليسلم له ما في ذمة الغريم ولم يسلم) يعني إنما رضي بالتسليم على رجاء سلامة ما في ذمـة الغريم ، فإذا توى لم يسلم فيرجع كما في الحوالة إذا مات ليحتال عليه مفلساً فيرجع المحتال له على المحيل .

(فلو وقعت المقاصة بدين كان عليه) أي على أحد الشريكين (من قبـل) أي قبل

لم يرجع عليه الشريك لانه قاض بنصيبه لا مقتضي . ولو أبرأه عن نصيبه فكذلك ، لأنه إتلاف وليس بقبض . ولو أبرأه عن البعض كانت قسمة الباقي على ما بقي من السهام . ولو أخر أحدهمـــا عن نصيبه صح عند أبي يوسف اعتباراً بالإبراء المطلق ولا يصح عندهما لأنه يؤدي إلى قسمة الدين قبل القبض .

الدين المشترك بأن أقر أحد الشريكين أن للمديون عليه حقـــاً قبل ثبوت الدين المشترك (لم يرجع عليه الشريك لأنه) أى لأن القـــابض (قاض بنصيبه) أى مؤديه نصيبه (لا مقتضى) أى لا مستوفى دينه لما أقر الدينين يصير قضى على اولياء[1].

(ولو ابرأه عن نصيبه) أى لو ابرأ أحـــد الشريكين المديون عن نصيبه من الدين (فكذلك) أى لم يرجـــع على شريكه (لأنه اتلاف وليس بقبض) أى لأن الإبراء اتلاف نصيبه فلم يزد له شيء بالبراءة فلا يرجع عليه (ولو أبرأه عن البعض) أى لو أبرأه أحد الشريكين الديون عن بعض نصيب (كانت قسمة الباقي) أي باقي الدين (على مـــا بقي من السهام) أى من سهامها من الدين كما إذا ابرأ أحدهما عن نصف دينه والدين عشرون درهما يكون للمشتري المطالبة بخمس دراهم .

(ولو أخر أحدهما عن نصيبه) أى لو أخر أحد الشريكين المطالبة عن الديون عن نصيبه (صح عند أبي يوسف رحمه الله اعتباراً بالإبراء المطلق ولا يصح عندهما) أى عند أبي حنيفة رحمه الله ومحمد رحمه الله ، وذكر محمد « رح » مع أبي حنيفة رحمـه الله في هذا مخالف لعامة روايات الكتب في المبسوط والأسرار والإيضاح وغيرها ، فإن المذكور فيها قول محمد رحمه الله مع أبي يوسف رحمه الله ، والخلاف هكذا مشهور في المنظومة في باب أبي حنيفة خلافاً لصاحبيه حيث قال فيها والدين بين اثنين ، هذا قد جعل نصيبه مؤجلا شهراً بطل . وكذا ذكر الخلاف في المختلف والحصر (لأنه) أى لأن تأخير أحدالشريكين عن نصيبه (يؤدى الى قسمة الدين قبل القبض) لان في القسمة معنى التمليك فيكون فيه

---

(١) هكذا سياق الجملة في الاصل .

ولو غصب أحدهما عيناً منه أو اشتراه شراء فاسداً وهلك في يده فهو قبض، والاستئجار بنصيبه قبض . وكذا الإحراق عند محمد « رح » ، خلافاً لأبي يوسف « رح » والتزوج به اتلاف في ظاهر الرواية

تمليك الدين من غير على من يحصل عليه الدين .

(ولو غصب أحدهما عيناً منه) أي ولو غصب أحد الشريكين عيناً من المديون (أو اشتراه شراء فاسداً وهلك في يده فهو قبض) أي قبض نصيبه من الدين المشترك (والاستئجار بنصيبه قبض) بأن استأجر أحدهما من المديون داراً بنصيبه من الدين وقبض كان للساكت أن يأخذ منه ربع الدين . وفي المبسوط استأجر بنصيبه داراً من الغريم وسكنها يرجع الشريك عليه بنصف نصيبه ، وروى ابن سماعة عن محمد هذا إذا استأجر بخمسمائة مطلقاً ، أما لو استأجر بحصته من الدين لا يرجع الآخر عليه بشيء .

(وكذا الإحراق عند محمد رحمه الله خلافاً لابي يوسف رحمه الله) أي لو أحرق أحدهما ثوب المديون وهو يساوي نصيب المحرق وهو نصف الدين فعند محمد رحمه الله هذا قبض حتى يثبت للساكت أن يطالبه بربع الدين ، لان الإحراق إتلاف لمال مضمون فيكون كالغصب ، والمديون صادقاً راضياً بنصيبه بطريق المقاصة ، فيجعل المحرق مقتضياً وهذا إذا القى النار على الثوب ، أما إذا أخذ الثوب ثم أحرقه فان الساكت يضمنه بربع الدين . وقال أبو يوسف رحمه الله لا يرجع عليه بشيء لانه متلف نصيبه بما صنع (والتزوج به) أي بنصيبه ، يعني إذا تزوج أحد ربي الدين امرأة بنصيبه من دين لهما عليها لا يكون ذلك قبضاً للدين ، بل هو (إتلاف في ظاهر الرواية) احترز به عن رواية بشر عن أبي يوسف رحمه الله أنه يرجع بنصف حقه لو وقع القبض بطريق المقاصة . وجه الظاهر انه لم يسلم له شيء يمكنه المشاركة فيه إذ البضع لا يحتمل الشركة فلم يظهر معنى الزيادة ، فصار كما لو ابرأ .

وكذا الصلح عليه عن جناية العمد . قـــال وإذا كان السلم بين الشريكين فصالح أحدهما عن نصيبه على رأس المال لم يجز عند أبي حنيفة ومحمد « رح » . وقـــال أبو يوسف « رح » يجوز الصلح اعتباراً بسائر الديون ، وبما إذا اشتريا عبداً فأقال أحدهما في نصيبه . ولهما أنـــه لو جاز في نصيبه خاصة يكون قسمة الدين في الذمة ، ولو جاز في نصيبهما لا بد من إجازة الآخر ، بخلاف شراء العين ، وهذا لأن المسلم فيه صار واجباً بالعقد والعقد قائم بهما فلا ينفرد أحدهما برفعه ، ولأنه

(وكذا الصلح عليه من جناية العمد) أى وكذا هو اتلاف لا قبض بأن جنى إحدى الشريكين على المديون عملا فيما دون النفس . وقيل بجناية العمد ، لأن في جناية الخطـــأ يرجع ، ولكن ذكر في الايضاح مطلقاً فقال ولو شج المطلوب موضحه فصالحه على حصته لم يرجع شريكه شيء ، لان الصلح عن الموضحة بمنزلة النكاح .

(قال) أى القدوري (وإذا كان السلم بين شريكين فصالح أحدهما عن نصيبه على رأس المال لم يجز عند أبي حنيفة ومحمد « رح » وقـــال أبو يوسف يجوز الصلح اعتباراً بسائر الديون وبما إذا اشتريا عبداً فأقال أحدهما في نصيبه) فانه يجوز بدون رضى الآخر ولان ملك كل واحد منهما ممتازاً عن الآخر ، فجاز تفرده بالفسخ .

(ولهما) أى ولأبي حنيفة ومحمد (أنه) أى أن الصلح أحدهما (لو جاز في نصيبه خاصة يكون قسمة الدين في الذمة) قبل القبض ، لأن خصومة نصيبه لا تظهر إلا بالتميز ولا تميز إلا بالقسمة وقد تقدم بطلانها (ولو جاز) أى الصلح (في نصيبهما لا بد من إجازة الآخر)ولم يوجد (بخلاف شراء العين) هذا جواب عن قياس أبي يوسف المتنازع على شراء العبد وبينه بقوله (وهذا لأن المسلم فيه صار واجباً بالعقد) أى ثابتاً به (والعقد قائم بهما فلا ينفرد أحدهما برفعه) أى برفع العقد القائم بهما (ولأنه) دليل آخر له أى ولأن الصلح

لو جاز لشاركه في المقبوض ، فإذا شاركه فيه رجع المصالح على من عليه بذلك فيؤدي إلى عود السلم بعد سقوطه ؛ قالوا هذا إذا خلطا رأس المال ، فإن لم يكونوا قـــد خلطاه فعلى الوجه الأول هو على الخلاف ، وعلى الوجه الثاني هو على الاتفاق .

فصل في التخارج

المذكور (لو جاز لشاركه) الشريك الآخر (في المقبوض) عن رأس المال (فإذا شاركه فيه رجع المصالح على من عليه بذلك) أى من عليه بالقدر من المسلم فيه الذي قبضه الشريك حيث لم يسلم له ذلك القدر وقد كان ساقطاً بالصلح (فيؤدى إلى عود السلم بعد سقوطه) وذلك باطل لأنه يلزم من نفيه ثبوته .

(قالوا) أى قال المتأخرون من مشايخنا (هذا) أى هذا الخلاف (إذا خلطا رأس المال) وكان رأس المال مشتركا بينهما (فان لم يكونوا قد خلطاه فعلى الوجه الأول) أراد به النكتة الأولى ، وهي لزوم قسمة الدين في الذمة (هو على الاختلاف) المذكور (وعلى الوجه الثاني) أراد به النكتة الثانية (هو) قوله ولأنه لو جاز لشاركه ... إلى آخره (على الاتفاق) أى صح صلح احدهما على الاتفاق على رأس ماله لأن رأس المـــال إذا لم يكن مخلوطاً وقبضه صاحبه لم يكن لشريكه أن يشاركه فيه ، لأنه لا حق له فيه لأنه مال الغير .

(فصل في التخارج)

أى هذا فصل في بيان حكم التخارج . والتخارج لغة إخراج كل واحد من الرفقة نفقة على قدر نفقة صاحبه ، كذا في الصحاح ، وشرعـــاً إخراج بعض الورثة عما يستحقه في التركة بمال يدفع اليه وسببه طلب الخارج من الورثة عند رضى غـــيره ، وشرطه أن لا تكون التركة مشغولة بالدين كلها أو بعضها ، وأن يكون ما أعطاه أكثر من نصيبه من ذلك الجنس ، وشرطه عند البعض أيضاً أن تكون أعيان التركة معلومة بأنهـــا من أي جنس عند الصلح .

قال وإذا كانت التركة بين ورثة فأخرجوا أحدهم منها بمال أعطوه إياه والتركة عقار أو عرض جاز قليلا كان مـــا أعطوه إياه أو كثيراً لأنه أمكن تصحيحه بيعا وفيه أثر عثمان رضي الله عنه فإنه صالح تماضر الأشجعية امرأة عبد الرحمن بن عوف رضي الله عنه عن ربع ثمنهـــا على ثمانين ألف دينار ، قال وإن كانت التركة فضة فأعطوه ذهبا ، او كان ذهبا فأعطوه فضة فكذلك، لانه بيع الجنس بخلاف الجنس فلا يعتبر التساوي ويعتبر التقابض في المجلس ، لانه صرف غير ان الذي في يده بقية التركة إن كان جاحداً يكتفى بذلك القبض

(قال) أى القدوري (وإذا كانت التركة بين ورثة فأخرجوا أحدهم منها بمـــال أعطوه إياه والتركة عقار أو عروض جاز قليلا كان ما أعطوه إياه أو كثيراً) قيد بقوله والتركة عقار أو عروض لأنها إذا كانت ذهباً أو فضة يجيء حكمها بعد هذا (لانه أمكن تصحيحه بيعاً) إنما تعـين البيع فيه لجواز دون الإبراء عما زاد من نصيبه ، لان الإبراء عن الاعيان غير المضمونة لا يصح فتعين البيع (وفيه) أى وفي جواز التخارج (أثر عثمان رضي الله عنه فإنه صالح تماضر الاشجعية امرأة عبدالرحمن بن عوف رضي الله عنـه عن ربع ثمنها على ثمانين الف دينار) هذا غريب بهذا اللفظ . وروى عبد الرزاق في مصنفه في البيوع أخبرنا ابن حنيفة عن عمرو بن دينار أن امرأة عبد الرحمن بن عوف « رض » أخرجها أهله من ثلث الثمن بثلاثة وثمانين ألف درهم .

(قال) أى القدورى (وإن كانت التركة فضة فأعطوه ذهبا أو كان ذهبـــا) أى أو كانت التركة ذهبا (فأعطوه فضة فكذلك) يعني جاز قليلاً كان ما أعطوه أو كثيراً (لأنه بيـع الجنس ، بخلاف الجنس فلا يعتبر التساوي ويعتـبر التقابض في المجلس ، لأنه صرف غير أن الذي في يده) أي غير أن الوارث الذي في يده (بقية التركة إن كان جاحداً) أى التركة (يكتفى بذلك القبض) أي القبض السابق يعني لا يحتاج إلى تجديد

لانه قبض ضمان فينوب عن قبض الصلح ، وإن كان مقراً لا بد من تجديد القبض ، لأنه قبض أمانة فلا ينوب عن قبض الصلح. وإن كانت التركة ذهبا وفضة وغير ذلك فصالحوه على فضة أو ذهب فلا بد أن يكون ما أعطوه أكثر من نصيبه من ذلك الجنس ، حتى يكون نصيبه بمثله والزيادة لحقه من بقية التركة احترازاً عن الربا ، ولا بد من التقابض فيما يقابل نصيبه من الذهب والفضة لانه صرف في هـذا القدر . ولو كان بدل الصلح عرضاً جاز مطلقا لعدم الربـا . ولو كان في التركة الدراهم والدنانير وبدل الصلح دراهم ودنانير أيضا جاز

القبض (لأنه قبض ضمان فينوب عن قبض الصلح) وهو قبض ضمان لأنه مثله (وإن كان) أي الذي في يده بقية التركة (مقراً) أي بالتركة (لا بد من تجديد القبض ، لأنه قبض أمانة فلا ينوب عن قبض الصلح) لأنه كان مقراً فلا بد من تجديد القبض بالتخلية بالانتهاء إلى أن يتمكن فيه من قبضه ، لأن قبضه قبض أمانه فلا ينوب عن قبض الضمان والأصل أن القبض إذا تجانسا أمانة أو ضماناً ناب احدهما مناب الأرض ، وإن اختلفا بان قبض الضمان عن قبض الامانة ولا ينعكس .

(وإن كانت التركة ذهباً وفضة وغير ذلك فصالحوه على ذهب أو فضة فـلا بد أن يكون ما أعطوه أكثر من نصيبه من ذلك الجنس حتى يكون نصيبه بمثله والزيادة لحقه من بقية التركة احترازاً عن الربا ولا بد من التقابض فيما يقابل نصيبه من الذهب والفضة ، لأنه صرف في هذا القدر . ولو كان بدل الصلح عرضاً جاز مطلقاً لعدم الربا) يعني جـاز هو قل بدل الصلح أو كثر لأنه لا يلزم الربا ولا يشترط فيـه التقابض ايضاً ، لأنه ليس بصرف .

(ولو كان في التركة دراهم ودنانير وبدل الصلح دراهم ودنانير ايضاً جاز الصلح كيفما كان) يعني بلا اشتراط التساوى في الجنس والزيادة على ذلك قـل بدل الصلح أو كثر

الصلح كيفما كان صرفا للجنس إلى خلاف الجنس كما في البيع ، لكن يشترط التقابض للصرف . قال وإن كان في التركة دين على الناس فأدخلوه في الصلح على أن يخرجوا المصالح عنـــه ويكون الدين لهم فالصلح باطل ، لان فيه تمليك الدين من غير من عليه وهو حصة المصالح. وإن شرطوا أن يبرأ الغرماء منـــه ولا يرجع عليهم بنصيب المصالح فالصلح جائز ، لانه إسقاط أوهو تمليك الدين ممن عليه الدين وهو جائز ، وهذه حيلة الجواز . واخرى ان يعجلوا قضاء نصيبه متبرعين . وفي الوجهين ضرر لبقية الورثة ،

(صرفاً للجنس إلى خلاف الجنس) تصحيحاً للعقد (كما في البيع) حيث يصرف الجنس إلى خلاف الجنس تحرزاً عن الربا (لكن يشترط فيـــه التقابض للصرف) أى لأجـــل كونه صرفاً .

(قال) أى القدوري (وإن كان في التركة دين على الناس فأدخلوه في الصلح) أي أدخلوا الدين في الصلح (على أن يخرجوا المصالح) بكسر اللام على صيغة اسم الفـــاعل (عنه) أى عن الدين (فيكون الدين لهم فالصلح باطل) أي في الكل في العـــين والدين (لأن فيه تمليك الدين من غير من عليه) أي الدين (وهو حصة المصالح) أى تمليك الدين من غير من عليه حصة المصالح بكسر اللام .

(وإن شرطوا أن يبرأ الغرماء منه) يعني إذا شرط الورثة أن يبرأ المصالـــح من نصيبه من دين الغرماء وهم المديون (ولا يرجع) أي الورثة (عليهم) أي على الغرماء (بنصيب المصالح فالصلح جائز لأنه اسقاط) أي اسقاط من ذمة المديون (أو هو تمليك الدين ممن عليه الدين وهو جائز ، وهذه حيلة الجواز واخرى) أي وحيلة اخرى (أن يعجلوا) الورثة (قضاء نصيبه) أي نصيب المصالح من الدين حال كونهم (متبرعين ، وفي الوجهين ضرر لبقية الورثة) أمـــا في الوجه الأول فلعدم تمكنهم من الرجوع على

والاوجه أن يقرضوا المصالح مقدار نصيبه ويصالحوا عما وراء الدين ويحيلهم على استيفاء نصيبه من الغرماء ، ولو لم يكن في التركة دين وأعيانها غير معلومة والصلح على المكيل والموزون قيل لا يجوز لاحتمال الربا ، وقيل يجوز لانه شبهة الشبهة ، ولو كانت التركة غير المكيل والموزون لكنها أعيان غير معلومة ، قيل لا يجوز

الغرماء . وفي الوجه الثاني لزوم النقد عليهم بمقابلة الدين الذي هو نسيئة ، والنقد خير من الدين .

(والأوجه) أي في جواز (أن يقرضوا المصالح مقدار نصيبه) من الدين (ويصالحوا عما وراء الدين ويحيلهم) أي ويحيل المصالح الورثة (على استيفاء نصيبه من الغرماء) وذكر الخصاف هذا الوجه في كتابه الحيل (ولو لم يكن في التركة دين وأعيانها غير معلومة والصلح على المكيل والموزون) ذكر هذا تفريعاً على مسألة القدورى ، يعني إذا لم يكن في التركة دين على الناس ولكن أعيان التركة ليست معلومة فصالح بعض الورثة من نصيبه على كيلي كالحنطة والشعير ووزني كالحديد والصفر ،فهل يجوز هذا الصلح أم لا اختلف المشايخ فيه .

(قيل لا يجوز لاحتمال الربا) لأنه يجوز أن يكون في التركة كيلي ووزني وبدل الصلح مثل نصيب المصالح من مثالى ذلك أو أقل ، لأن ما زاد على بدل الصلح من نصيب المصالح يكون ربا (وقيل يجوز لأنه شبهة الشبهة) وإنما المعتبر الشبهة لا شبهة الشبهة وذلك لأنه لو علم اعيان التركة ولكن جهل قدر بدل الصلح من نصيب المصالح يكون شبهة ، فإذا لم يعلم أعيان التركة يكون شبهة الشبهة لأنه يحتمل أن يكون في التركة كيلي ووزني ، ويحتمل أن لا يكون ، والقائل بعدم الجواز المرغيناني ، والقائل بالجواز هو أبو جعفر الهندواني . وفي فتاوى قاضي خان والصحيح ما قاله أبو جعفر .

(ولو كانت التركة غير المكيل والموزون لكنها أعيان غير معلومة قيل لا يجوز

لكونه بيعاً ، إذ المصالح عنه عـــين والأصح أنه يجوز لأنها لا يفضي إلى المنازعة لقيام المصالح عنه في يد البقية من الورثـــة ، وإن كان على الميت دين مستغرق لا يجوز الصلح ولا القسمة، لأن التركة لم يتملكها الوارث ، فـــإن لم يكن مستغرقاً لا ينبغي أن يصالحوا ما لم يقضوا دينه لتقدم جهة الميت ، ولو فعلوا قالوا يجوز . وذكر الكرخي « رح » في القسمة أنها لا تجوز استحساناً وتجوز قياساً .

لكونها بيعاً) أي لكون الصلح بيعاً (إذ المصالح عنه عين) وبيع المجهول لا يصلح وهو قياس مذهب الشافعي (والأصح أنه يجوز) وبه قال أحمد « رح » (لأنها) أي أن الجهالة (لا تفضي إلى المنازعة لقيام المصالح عنه في يد البقية عن الورثة) ولا يطلبوا شيئاً آخر من المصالح مقابل بدل الصلح (وإن كان على الميت دين مستغرق لا يجوز الصلح ولا القسمة ، لأن التركة لم يتملكها الوارث) وبه قال الشافعي في وجه (وان لم يكن مستغرقاً) أي وإن لم يكن الدين مستغرقاً للتركة (لا ينبغي أن يصالحوا ما لم يقضوا دينـــه) أي دين الميت (لتقدم جهة الميت ، فلو فعلوا قالوا يجوز) جاز لأن القليل لا يمنع الإرث وبه قال الشافعي في وجه .

(وذكر الكرخي في القسمة أنها لا تجوز استحساناً وتجوز قياساً) وذكر في الذخيرة القياس والاستحسان من غير نسبته إلى الكرخي، وهكذا في مبسوط شيخ الإسلام، وفيه إذا كان الدين غير مستغرق فالقياس ان لا يقسم ولكن يوقف الكل ، وفي الاستحسان يحبس قدر الدين للغرماء ويقسم الباقي بينهم بناء على أن الدين إذا لم يكن مستغرقاً هل يمنع ملك الوارث في التركة أم لا ، فالقياس أن يمنع ، لأن ما من جزء الا وهو مشغول بالدين وفي الاستحسان لا يمنع حتى لو كان المورث جارية حل وطئها نفياً للضرورة عن الوارث ، إذ لا تخلو التركة عن قليل الدين والله أعلم بالصواب .

* * *

كتاب المضاربة

المضاربة مشتقة من الضرب في الأرض، سمي به، لأن المضارب يستحق الربح بسعيه وعمله، وهي مشروعة للحاجة إليها

(**كتاب المضاربة**)

وجه المناسبة بين الكتابين من حيث أن كلا منهما مشتمل على الاسترباح. أما المضاربة فان مبناها على هذا، وأما الصلح فإن المصالح سعى المدعى عليه مسترابح، سواء كان الصلح عن إقرار أو عن إنكار أو عن سكوت.

(المضاربة) على وزن مفاعلة (مشتقة من الضرب في الارض) وهو السير فيها، قال الله عز وجل ﴿ وآخرون يضربون في الارض ﴾ ٢٠ المزمل، أعني بالضرب السفر للتجارة سمي هذا العقد لان المضارب يسير في الارض غالباً طلباً للربح، وتسمية أهل المدينة هذا العقد معاوضة وقراضاً مشتقا من القرض وهو القطع، وصاحب المال يقطع قدراً من المال عن تصرفه ويجعل التصرف فيه للعامل بهذا العقد، واختار هذا اصحاب الائمة الثلاثة، وقالو كتاب القراض واختار اصحابنا لفظ المضاربة لموافقة الكتاب. وفي الاصطلاح هي إعارة المال إلى من يتصرف فيه ليكون الربح بينهما على ما شرطا (سمي به) ذكر الضمير في الموضعين باعتبار العقد أي سمي عند المضاربة بهذا اللفظ (لان المضارب يستحق الربح بسعيه وعمله) **وفيه مناقشة، لأن المضارب لا يستحق الربح بسعيه وعمله حتى لو سعى وعمل ولم يظهر ربح لا يستحق شيئاً، والكلام الموجه أن يقال لأن المضارب يسير في الأرض طلباً للربح كما ذكرنا.**

(وهي مشروعة للحاجة اليها) أشار بهذا إلى مشروعية بيان هذا النوع من التصرف ذلك بالكتاب وهو قوله تعالى ﴿ وآخرون يضربون في الارض يبتغون من فضل الله ﴾ ٢٠ المزمل، أعني بالضرب السفر للتجارة وبالسنة على ما يأتي، ولاجل احتياج الناس

فإن الناس بين غني بالمال غبي عن التصرف فيه ، وبين مهتد في التصرف صفر اليد عنـــه فمست الحاجة إلى شرح هذا النوع من التصرف لينتظم مصلحة الغبي والذكي والفقير والغنى ، وبعث النبي ﷺ والناس يباشرونه فقررهم عليه

إلى هذا التصرف وبين هذا بالفـــاء التفسيرية لقوله (فإن الناس بين غنى بالمال غبي عن التصرف فيه) أي في المال والغبي بفتح الغين المعجمة وكسر الباء الموحدة على وزن فعيل من الغباوة وهى قلة الفطنة (وبين مهتد في التصرف صفر اليد عنه) أى عن المال والصفر بكسر الصاد المهملة وسكون الفاء الخالي ، يقال بيت صفر من المتاع ، ورجـــل صفر اليدين (فمست الحاجة) أي إذا كان الامر كذلك مست الحاجة (إلى شرح هـذا النوع من التصرف لينتظم مصلحة الغبي والذكي والفقير والغني) لان الله تعـــالى خلق الخلق أطواراً مختلفة الطبائع مباين التصرفات والحرف ، مشتملين على الفقير والغني ، محتاجين إلى إعانة بعضهم بعضا ، فلا جرم شرع هذا التصرف ونحوه ليقوم بها معـاشهم وتحصل بها أغراضهم .

(وبعث النبي ﷺ والناس يباشرونه فقررهم عليه) الواو في والناس للحال والضمير المنصوب في يباشرونه والمجرور عليه يرجون إلى عقد المضاربة لا إلى المضاربة لفظها،وقد ذكر السفناقي ناقلا عن المبسوط ، ثم جواز هذا العقد عرف بالسنة والإجماع ،فالسنة ما روى أن العباس بن عبد المطلب رضي الله عنه كان إذا دفـــع مالا مضاربـة شرط على المضارب أن لايسلك به بحراً[1] وأن لا ينزل واديا ولا يشتري ذات كبد رطب فان فعل ذلك ضمن ، فبلغ ذلك رسول الله ﷺ فاستحسنه ، وتبعه على ذلك الكاكي وصاحب العناية وغيرهما ، ولم يرو احداً منهم بين أصل الحديث ، وحال من خرجه فأقول هـذا الحديث اخرجه البيهقي عن يونس بن أرقم حدثنا أبو الجارود وعن حبيب بن يسار عن ابن عباس ، قال كان العباس رضى الله عنه إذا دفع مالاً مضاربة اشترط على صاحبه أن

---

(١) في الأصل بالحرا ، والصحيح ما اثبتناه ، أ هـ مصححه .

لا يسلك به بحراً ولا ينزل به وادياً ولا يشتري به ذات كبد رطبة ، فان فعل فهو ضامن فوقع شرطه إلى رسول الله ﷺ فأجازه ، وأبو الجاروذ زيادة بن المنذر كذبه ابن معين .

(وتعاملت به الصحابة رضى الله عنهم) أي بعقد المضاربة كما ذكرنا روى مالك في الموطأ عن عبد الرحمن عن ابيه عن جده انه عمد في [1] قال لعثمان رضي الله عنه على أن الربح بينهما . وروى البيهقي من حديث ابن وهب أخبرني أبي لهيعة عن أبي الزبير عن جابر رضي الله عنه أنه سأله عن الرجل يعطي المال رجلا قراضا فيشترط له كما أعطى نحو يوم أخذ ، قال لا بأس بذلك . وأخرج الدارقطني عن حياه وأبي لهيعة قال حدثنا أبو الاسود عن عروة بن الزبير وغيره ان حكيم بن حزام صاحب رسول الله ﷺ كان يشترط على الرجل إذا أعطاه مالاً مقارضة فضرب له به أن لا تجعل مالي في كبد رطبة ولا تحمله في بحر ولا تنزل به في بطن مسيل ، فإن فعلت شيئا من ذلك فقد ضمنت مالي.

وأخرج البيهقي في المعرفة من طريق الشافعي رضى الله عنه أنه بلغه عن حميد بن عبدالله بن عبيد الانصاري عن ابيه عن جده أن عمر بن الخطاب رضي الله عنه أعطى مال يتيم مضاربة وكان يعمل به بالعراق ولا يدري كيف قاطعه على الربح ، وأخرج ايضا عن حماد عن ابراهيم أن ابن مسعود رضي الله عنه اعطى زيد بن خليدة مالاً مقارضة ، وأخرج هذا ايضا الحسن بن زياد في كتاب المجرد وقال أخبرنا أبو حنيفة عن حماد عن ابراهيم عن عبدالله بن مسعود انه أعطى زيد بن خليدة البكري مالاً مضاربة فأسلم زيد بن خليدة المضاربة إلى رجل من بني شيبان يقال له عتريس بن عرقوب في قلائص إبل فحلت فأدى بعضها فذكر ذلك لعبدالله فقال خذ منه رأس مالك فلا تسلم في شيء من الحيوان (ثم المدفوع إلى المضارب أمانة في يده) وليس فيه خلاف .وفي شرح الطحاوي أن يصير المال مضموناً عند المضارب أن يقرض من المضارب ويشهد عليه ويسلمه اليه ، ثم يأخذه منه مضاربة بالنصف أو بالثلث ثم يدفع اليه يستعين به في العمل حتى لو هلك

(١) هكذا كتبت في الاصل ، أ هـ مصححة .

لأنه قبضه بأمر مالكه لا على وجه البدل والوثيقة ، وهو وكيل فيه لأنه يتصرف فيه بأمر مالكه . وإذا ربح فهو شريك فيه لتملكه جزء من المال بعمله ، فإذا فسدت ظهرت الإجارة حتى استوجب العامل أجر مثله ، وإذا خالف كان غاصباً لوجود التعدي منه على مال غيره .

به هلك كالقرض وإذا ربح ولم يهلك يكون الربح بينهما على الشركة .

وحيلة أخرى أن يقرض جميع المال من المضارب إلا درهما واحداً ويسلمه اليه ثم إنهما يشتركان في ذلك شركة عنان ، على أن يكون رأس مال المقرض درهما ، ورأس مال المستقرض جميع ما استقرض ، على أن يعملا جميعا وشرطا على أن الربح بينهما ، ثم بعد ذلك يعمل المستقرض خاصة في المال فإن هلك المال في يده فالقرض عليه ، ولو ربح فالربح بينهما على الشرط .

(لأنه) أى لأن المضارب (قبضه بأمر مالكه لا على وجه البدل) احترز به عن المقبوض على سوم الشراء والقرض ، فإنه مضمون (والوثيقة) أي ولا على وجه الوثيقة واحترز به عن الرهن فإنه مضمون بالأقل من قيمته ومن الدين (وهو وكيل فيه) أي المضارب وكيل في المدفوع اليه : وقال الاترازي وكيل في العمل والأول أقرب وأصوب (لأنه يتصرف فيه بأمر مالكه) ولهذا يرجع عليه بما لحقه من العهدة على رب المال كما لو كيل (وإذا ربح فهو شريك فيه) أى في الربح وليس المراد انه شريك في رأس المال مع الربح ، لان رأس المال إنما شركة في الربح (لتملكه جزء من المال بعمله) أى لتملك المضارب جزءاً من المال وهو الربح الشائع فيه وذلك بسبب عمله وسعيه .

(فإذا فسدت) المضاربة (ظهرت الإجارة) لأنه يعمل لرب المال في ماله فيصير ما شرط من الأجر كالأجرة على عمله (حتى استوجب العامل أجر مثله) لأنه يكون في الإجارات (وإذا خالف كان غاصباً لوجود التعدى منه على مال غيره) فيصير المال مضموناً عليه وبه قالت الثلاثة وأكثر أهل العلم . وعن علي رضى الله عنه لا ضمان على شريك في الربح ، وبه قال الحسن والزهري « رح » .

قال المضاربة عقد يقع على الشركة بمال من أحد الجانبين ومراده الشركة في الربح وهو يستحق بالمال من أحد الجانبين والعمل من الجانب الآخر ولا مضاربة بدونها ، ألا ترى أن الربح لو شرط كله لرب المال كان بضاعة ، ولو شرط جميعه للمضارب كان قرضاً . قال ولا تصح إلا بالمال الذي تصح به الشركة

(قال) أي القدوري (المضاربة ، عقد يقع على الشركة بمال من أحد الجانبين) هذا تفسير للمضاربة على الاصطلاح ، ولكن لما كان فيه نوع حقار لأنه قال عقد على الشركة ولم يبين أن الشركة فيما إذا فسر المصنف بقوله (ومراده) أي مراد القدوري رحمه الله من قوله عقد على الشركة (الشركة في الربح) لا في رأس مال مع الربح ، لأن رأس المال لرب المال (وهو) أي الربح (يستحق بالمال من أحد الجانبين ، والعمل من الجانب الآخر) وهو المضارب وقول يستحق على صيغة المجهول (ولا مضاربة بدونها) أي بدون الشركة وأشار به إلى ان العقد ينتفى بانتفائها .

(ألا ترى) ايضاح لقوله عقد على الشركة وقوله لا مضاربة بدونها (أن الربح لو شرط كله لرب المال كان بضاعة ، ولو شرط جميعه للمضارب كان قرضاً) وقال مالك يكون مضاربة صحيحة في الوجهين . وقال الشافعي وأحمد رحمهم الله إذا قال خذه مضاربة والربح لي أو لك يفسد عقد المضاربة ولا ينصرف إلى شيء .

(قال ولا تصح إلا بالمال الذي تصح به الشركة) أي قال القدوري وهو أن يكون رأس المال دراهم أو دنانير عندهما أو فلوساً رائجة عند محمد وبما سواها لا يجوز ، وبه قالت الأئمة الثلاثة ، ونص في الذخيرة أنه إجماع . وقال السغناقي في العروض لا تصلح لرأس المال عندنا خلافاً للامام مالك ، وكذا الكيلي والوزني خلافاً لابن أبي ليلى ، وقد نظر فيه الكاكي بقوله وما كتب في بعض كتب أصحابنا أن عند الامام مالك تصح المضاربة بالعروض ولم نجده في كتبهم ، بل ذكر فيها لا يصح بالعروض .

قلت قد ذكر في جواهر المالكية ما هو أبلغ منها وهو انه لا يجوز بالنقرة التي ليست

وقد تقدم بيانه من قبل . ولو دفع إليه عرضاً وقال بعـــه واعمل مضاربة في ثمنه جاز لأنه يقبل الاضافة من حيث أنه توكيل وإجارة فلا مانع من الصحة ، وكذا إذا قال له اقبض مالي على فلان واعمل به مضاربة جاز لما قلنا ، بخلاف مـــا إذا قال اعمل بالدين الذي في ذمتك حيث لا يصح المضاربة لأن عند أبي حنيفة « رح » لا يصح

مضروبة إذا كان التعامل بالمسكوك ولا يجوز بالفلوس عند ابن القاسم ، وأجازه أشهب ، ولا بالدراهم المغشوشة (وقد تقدم بيانه من قبل) أراد به باب الشركة .

(ولو دفع اليه عرضاً وقال بعه واعمل مضاربة في ثمنه جاز) وجه ذكره تفريعا على مسألة القدوري ويعني بهذا ، وجه الحيلة في جواز المضاربة بالعرض وأخرى ذكرهـــا الخطاف في الحيل ، وقال قلت أرأيت رجلاً أراد أن يدفع إلى رجل مضاربة وليس عنده إلا متاع كيف يصنع ، قال بيع المتاع من رجـــل يثق به ويقبض المال فيه ودفعه إلى المضارب مضاربة ثم يشتري المضارب هذا المتاع من الرجل الذي ابتاعه من صاحبه، وفي مسألة الكتاب خلافا للثلاثة فعندهم لا يجوز لجهالته (لأنه) عند المضاربة (يقبل الإضافة من حيث انه توكيل وإجارة فلا مانـــع من الصحة) يعني انه مشتمل على التوكيل والإجارة بالراء المهملة أو بالزاي ، وكل منهما يقبل الإضافة إلى زمان المستقبل فيجب أن يكون عقد المضاربة كذلك لئلا يخالف الكل الجزء، وصورة إضافة التوكيل إلى المستعمل بأن يقول وكلتك بأن تبيع عبدي هذا غداً فانه يصير وكيلا غـــداً وبعده ، ولا يصير وكيلا قبل الغد ، وصورة إضافة الإجارة أن يقول أجرتك داري غداً فإن الإجـــارة تنعقد عند مجيء الغد لا قبله .

(وكذا إذا قال له اقبض ما لي على فلان واعمل به مضاربة جاز لما قلنا) أشار به إلى قوله لأنه يقبل الإضافة (بخلاف مـــا إذا قال اعمل بالدين الذي في ذمتك حيث لا يصح المضاربة) بالاتفاق بين اصحابنا مع اختلاف التخريج ، أشار اليه بقوله (لأن عند أبي حنيفة لا يصح هذا التوكيل) وهو انه لو وكله بشراء بما في ذمته لا يصح عنده (على ما مر

هذا التوكيل على ما مر في البيوع وعندهما يصح لكن يقع الملك في المشتري للامر فتصير مضاربة بالعرض . قال ومن شرطها أن يكون الربح بينهما مشاعاً لا يستحق أحدهما دراهم مسماة من الربح، لأن شرط ذلك يقع الشركة بينهما ، ولا بد منها كما في عقد

في البيوع) أراد به بيوع الوكالة لا كتاب البيوع ، وفي بعض النسخ وقد مر في البيوع وذلك لأنه يؤدي إلى ربح ما لم يضمن وهو حرام ، والذي ذكره في كتاب الوكالة في البيع والشراء في كتاب الوكالة هو قوله ومن له على آخر الف درهم فأمره أن يشتري بهذا العبد ... إلى آخره.

(وعندهما يصح) أي هذا التوكيل ومع هذا لا تصح المضاربة ، أشار اليه بقوله (لكن يقع الملك في المشترى) بفتح الراء يقع (للآمر فتصير مضاربة بالعرض) فتصير فاسدة ، واستشكل على المسألة الأولى بما إذا قال اقبض جميع الالف التي لي على فلان ثم اعمل بها مضاربة فقبض المأمور نصف ما على المديون وعمل به مضاربة فانه لا يجوز وأجيب بأنه ثم للتعقيب مع التراخي وقد أخر الأمر بالعمل مضاربة عن قبض جميع المال ، فما لم يقبض جميع الألف لا يصح ، وايضا يكون مخالفا بالعمل بالبعض قبل قبض الكل فلا يصح ، كما إذا قال لزوجته اقبضي جميع المال الذي على فلان وأنت طالق ، فقبضت البعض لم تطلق ولو قال اقبضي جميع المال الذي على فلان انت طالق طلقت للحال للقبض إذا لم يرو الزوج واو الحال .

(قال ومن شرطها) أي قال القدوري ومن شرط المضاربة (أن يكون الربح بينهما مشاعا لا يستحق أحدهما دراهم مسماة من الربح) وفي بعض النسخ لا يشترط لأحدهما دراهم مسماة (لأن شرط ذلك يقع الشركة بينهما) أي بين رب المال والمضارب ، لأنه ربما لا يكون الربح إلا ذلك القدر (ولا بد منها) أي من الشركة، فإذا انتفت الشركة المشروطة لجوازها انتفت المضاربة ، لأن المنافي لشرط جواز الشيء مناف له وإذا ثبت أحد المتنافيين انتفى الآخر (كما في عقد الشركة) حيث لا يكون عقد من عقود الشركة إلا بالاشتراك .

الشركة ، قال فإن شرط زيادة عشرة فلــه أجر مثله لفساده فلعله لا يربح إلا هذا القدر فيقطع الشركة في الربح ، وهذا لأنه ابتغى عن منافعه عوضاً ولم ينل لفساده والربح لرب المال لأنــه نماء ملكه ، وهذا هو الحكم في كل موضع لم يصح المضاربة ، ولا يجاوز بالأجر القدر المشروط عند أبي يوسف « رح » ، خلافا لمحمد « رح » كما بينا في الشركة . ويجب الأجر وإن لم يربح في روايــة الأصل ،

(قال) أي في الجامع الصغير (فإن شرط زيادة عشرة) هذا تفسير لما قبله ، أي إن شرط في العقد زيادة عشرة دراهم مثلا على ما شرطا (فله أجر مثله) أي فللعامل أجر مثله (لفساده) أي لفساد عقد المضاربة ، وهذا الاختلاف فيه . قال ابن المنذر أجمع كل من يحفظ عليه من أهل العلم على فساد المضاربة إذا شرط لأحدهما دراهــم مسماة (فلعله لا يربح إلا هذا القدر فتنقطع الشركة في الربــح) الضمير في لعله يجوز أن يعود إلى المضارب ويجوز أن يعود إلى المال والأول أقرب (وهــذا) أي وجوب أجر المثل (لانه ابتغى) أي لان المضارب طلب يعني لرب المال بالعقد وابتغى بــه (عن منافعه عوضاً ولم ينل) أي العوض (لفساده) أي لفساد العقد ولا بد من عوض منافــع تلفت بالعقد وليس ذلك في الربح لأنه لرب المال ، أشار اليه بقوله (والربح لرب المال ، لأنه نماء ملكه) وإذا كان كذلك يفقى أجر المثل .

(وهذا هو الحكم في كل موضع لم يصح المضاربة ولا يجاوز بالأجر القدر المشروط عند أبي يوسف) فكان وجوده كعدمه . وقيل الثلث او الربع المشروط في العقد (خلافــاً لمحمد رحمه الله) فإن عنده يجب بالغاً ما بلغ وبه قالت الثلاثه (كما بينا في الشركة) أي كما بينا هذا الحكم مع الخلاف في كتاب الشركة ولم يبين في الشركة شيئاً إنما قال في الشركة الفاسدة فللمعين يعني في الاحتطاب ونحوه أجر مثله بالغاً ما بلغ عند محمد ، وعند أبي يوسف لا تجاوز به نصفاً عــن ذلــك أي بيان في هذا (ويجب الأجر وإن لم يربح) أي المضارب (في رواية الأصل) أي المبسوط ، وبه قال الشافعي وأحمد في رواية (لأن أجر الاجير

لأن أجر الأجير يجب بتسليم المنافع أو العمل وقد وجد ، وعن أبي يوسف « رح » انــــه لا يجب اعتباراً بالمضاربةالصحيحة مع انها فوقها ، والمال في المضاربة الفاسدة غير مضمون بالهلاك اعتباراً بالصحيحة ، ولأنه عين مستأجرة في يده

يجب بتسليم المنافع) كما في الاجــــير الخاص ، فإن في تسليم نفسه تسليم منافعه (أو العمل) كما في الاجير المشترك (وقد وجد) أي المذكور عن تسليم المنافع والعمل.

(وعن أبي يوسف انه لا يجب اعتباراً بالمضاربة الصحيحة مع انها فوقهـــا) قول المضاربة الفاسدة في امضاء حكمها وفي استحقاق الربح ، فإذا لم يجب في الصحيحة إذا لم يربح ففي الفاسدة اولى بأن لا يجب . قال السفناقي فان قلت ما جواب وجــه ظاهر الرواية عن هذا التعليل ، فإنه قول بأن العقد صح الفاسد يؤخذ حكمه من الصحيح من جنسه كما في البيع الفاسد . قلت الفاسد إنما يعتبر بالجائز إذا كان انعقاد الفــــاسد مثل انعقاد الجائز كالبيع ، وها هنا المضاربة الصحيحة تنعقد شركه الإجـارة والفاسد تنعقد إجارة فتعتبر بالإجارة في استحقاق الاجر عند إيفاء العمل ، انتهى .

قلت بل اعتبار فاسد المضاربة بصحيحها اولى من جعلها اجارة لأنهما قد تراضيا أن يكون للعامل جزء من الربح إن حصل ربح ، وبالحرمان إن لم يحصل ولم يرض رب المال أن يكون في ذمته شيء في مقابلة عمل العامل ، فاذا أوجبتم في ذمته شيئاً كان إيجاباً بغير دليل وهدم الاصل الضعيف اولى من الغاء التعليل الصحيح .

(والمال في المضاربة الفاسدة غير مضمون بالهـلاك اعتباراً بالصحيحة) وبه قالت الثلاثة . وفي المبسوط عن ابن سماعة عن محمد أنه يضمن المال (ولانه عــــين مستأجرة في يده) أو لأن المال عين مستأجرة في يد المضارب ، وفي بعض النسخ عين مستأجر أي عين استوجد المضارب ليعمل به وهو لا غير فلا يضمن كالأجير الواحد ، وهذا التعليل يشير إلى المضارب بمنزلةأجير الواحد من حيث أنه لا يمكنه أن يؤاجر نفسه في ذلك الوقت لآخر ، وهذا قول أبي جعفر الهندواني . وقيل المذكور هنا قول أبي حنيفة ، وعندهما

وكل شرط يوجب جهالة في الربح يفسده لاختلال مقصوده وغير ذلك من الشروط الفاسدة لا يفسدها ويبطـــل الشرط كاشتراط الوضيعة على المضارب. قال ولا بـــد أن يكون المال مسلماً إلى المضارب ولا يد لرب المال فيه، لأن المال أمانة في يده فلا بد

ضامن إذا هلك في يده بما يمكن التحرز عنه، وهذا قول الطحاوي، وهذا بناء على أن المضارب بمنزلة الاجير المشترك وهو لا يضمن إذا تلف المـــال في يده من غير صفة عند أبي حنيفة «رح» خـــلافاً لهما، قال الإمام الاسبيجابي في شرح الكافي ولا يصح انه لا ضمان على قول الكل

(وكل شرط يوجب جهالة في الربح يفسده) أي يفسد عقد المضاربة كما إذا قال لك نصف الربح أو ثلثه وشرط أن يدفع المضارب داره إلى رب المال ليسكنها أو أرضه سنة ليزرعها لانه جعل نصف الربح عوضاً عن عمله وأجرة الدار فصارت حصة العمل مجهولة فلم يصح (لاختلال مقصوده) وهو الربح (وغير ذلك من الشروط الفاسدة) أي بشروط التي لا تجب الجهالة في الربح (لا يفسدها) أي المضاربة (ويبطل الشرط) أي يبطل نفس ذلك الشرط، وبه قالت الثلاثة، وعن الشافعي وأحمد يفسد العقد (كاشتراط الوضيعة) أي الخسران، وقيل الوضيعة اسم لجزء هـــالك من المال (على المضارب) وفي الإيضاح والذخيرة عليهما، وفي التحفة عليه أو عليهما، قيل شرط العمل على رب المال لا يوجب جهالة في الربح ولا يبطل في نفسه، بل يبطل المضاربة كما سيجيء فـلم يكن القاعدة مطردة، وأجيب بأنه قال وغير ذلك من الشروط الفاسدة لا يفسدهـــا، وإذا شرط العمل على رب المال فليس ذلك بمضاربة، وسلب الشيء عن المعدوم صحيح يجوز ان يقال زيد المعدوم ليس ببصير، وقوله بعد هذا مخطوط وشرط العمل على رب المال مفسد للعقد، معناه عن تحققه فافهم.

(قال) أي القدوري رحمه الله (ولا بد أن يكون المال مسلـــماً إلى المضارب ولا يد لرب المال فيه) أي بتصرف أو عمل (لأن المال أمانة في يده فلا بد من التسليم اليـــه)

من التسليم إليه ، وهذا بخلاف الشركة لأن المال في المضاربة من أحد الجانبين والعمل من الجانب الآخر فلا بد من أن يخلص المال للعامل ليتمكن من التصرف فيه ، أما العمـــل في الشركة من الجانبين فلو شرط خلوص اليـد لأحدهما لم تنعقد الشركة ، وشرط العمـل على رب المال مفسد للعقد لأنه يمنع خلوص يد المضارب فـلا يتمكن من التصرف فلا يتحقق المقصود ، سواء كان المالك عاقداً أو غـير عاقد كالصغير ، لأن يد المالك ثابت له وبقاء يـــده يمنع التسليم إلى المضارب . وكذا أحد المتفاوضين وأحد شريكي العنان إذا دفع

كالوديعة (وهذا بخلاف الشركة ، لأن المـــال في المضاربة من أحد الجانبين والعمل من الجانب الآخر فلا بد من أن يخلص المال للعامل ليتمكن من التصرف فيه) وبقائه لا يمنع الخلوص (أمــا العمل في الشركة من الجانبين ، فلو شرط خلوص اليد لأحـــدهما لم تنعقد الشركة) لأنها انعقــــدت على العمل بينهما فمتى شرط انتفاء يد رب المال لم ينعقد أصلا كذا في الإيضاح .

(وشرط العمل على رب المال مفسد للعقد ، لأنه يمنع خلوص يد المضارب فلا يتمكن من التصرف ، فلا يتحقق المقصود) ولا يعلم فيه خلاف ، ولكن ذكر في الذخيرة حكى عن الفقيه محمد بن ابراهيم الضرير أنه لو شرط رب المال لنفسه أن يتصرف بالمال بانفراده متى بدا له وان يتصرف المضارب في جميع المال متى بدا له جازت المضاربه ، وإنما لايجوز شرط عمله رب المال مع المضارب إذا شرط العمل جملة ، لأنه حينئذ لا يصير المال مسلماً إلى المضارب (سواء كان المالك عاقداً أو غـــير عاقد كالصغير) إذا دفع أبوه أو وليه أو وصيه ماله مضاربة وشرط عمل الصغير فإنه لا يجوز (لأن يد المـــالك ثابت له) أي للصغير (وبقاء يده يمنع التسليم إلى المضارب) كما في الكبير .

(وكذا أحد المتفاوضين وأحد شريكي العنان إذا دفع المال مضاربــة وشرط عمل

المال مضاربة وشرط عمل صاحبه لقيام الملك له وإن لم يكن عاقداً، واشتراط العمل على العاقد مع المضارب وهو غير مالك يفسده إن لم يكن من أهـــل المضاربة فيه كالمأذون ، بخلاف الأب والوصي لأنهما من أهل أن يأخذا مال الصغير مضاربة بأنفسهما ، فكـــذا اشتراطه عليهما بجزء من المال . قال وإذا صحت المضاربة مطلقة جاز للمضارب أن يبيع ويشتري ويوكل ويسافر ويبضع ويودع لإطلاق

صاحبه) فسدت المضاربة (لقيام الملك له) تعليل لقوله وكذا أحد المتفاوضين يعني يفسد العقد إذا عقد أحد الشريكين وشرط عمل صاحبه لقيـام الملك لصاحبه (وإن لم يكن عاقداً) فيمنع وإن لم يكن صاحبة عاقداً ، فاذا كان كذلك فيمنع صحة الدفع مع قيام يد المالك (واشتراط العمل على العاقد مع المضارب وهو غير مالك يفسده) عقد المضاربة (ان لم يكن من أهل المضاربة فيه) أى في المال (كالمأذون) يدفع ماله مضاربة ويشترط عمله على المضاربة يفسد العقد ، لأن يد التصرف ثابتة له في هذا المال ويده يد نفسه ينزل منزلة المالك فيما يرجع إلى التصرف فكان قيام يده مانعاً لصحة المضاربة ، هـــذا وليس بقياس ، بل هو تنظير لما إذا كان العاقد غير مالك .

(بخلاف الأب والوصي) إذا دفعا مال الصغير مضاربة وشرطا العمل بأنفسهما مـــع المضارب بجزء من الربح فهو جائز (لأنهما من أهل أن يأخذا مال الصغير مضاربة بأنفسهما، فكذا اشتراطه) أي اشتراط العمل (عليهما بجزء من المال) لأن كل مال يجوز أن يكون الوصي مضارباً وحده جاز أن يكون مضارباً فيه مـــع غيره ، وهذا لأن تصرف الأب أو الوصي واقع للصغير حكما بطريق النيابة فصارا دفعه كدفع الصغير وكشرطه فتشترط التخلية من قبل الصغير ، لأنه رب المال وقد تحققت .

(قال) أي القدوري (وإذا صحت المضاربة مطلقة) بان لم تكن مقيدة بزمـــان ومكان ، فإذا قال دفعت اليك هذا المال مضاربة ولم يزد على ذلك فهذه مضاربة مطلقة ، كذا في الذخيرة (جاز للمضارب أن يبيع ويشتري ويوكل ويسافر ويبضع ويودع لإطلاق

العقـــد ، والمقصود منه الاسترباح ولا يتحصل إلا بالتجارة فينتظم العقد صنوف التجارة وما هو من صنيـع التجـــار والتوكيل من صنيعهم . وكذا الإيداع والإبضاع والمسافرة ، ألا ترى أن المودع له أن يسافر فالمضارب أولى كيف وأن اللفظ دليل عليه ، لأنهـــا مشتقة من الضرب في الأرض وهو السير . وعن أبي يوسف « رح » أنه ليس له أن يسافر . وعنه عن أبي حنيفة « رح » أنه إن دفع في غير بلده ليس له أن يسافر به لأنه تعويض على الهلاك من غير ضرورة وإن دفع في غير بلده له أن يسافر إلى بلده لأنه هو المراد في الغالب . والظاهر ما ذكر في الكتاب .

العقد والمقصود منه) أي من عقـــد المضاربة (الاسترباح ولا يتحصل) أي الاسترباح (إلا بالتجارة فينتظم العقد) أي العقد المطلق (صنوف التجارة وماهو من صنيع التجار والتوكيل من صنيعهم ، وكذا الإبضاع والايداع والمسافرة) أي السفر والمفاعلة ليست على بابها كما في المسارعة إلى الخير .

(ألا ترى أن المودع له أن يسافر ،فالمضارب أولى) بأن يسافر فالمضارب أولى بأن يسافر (كيف وأن اللفظ دليـــل عليه) أي كيف لا يسافر والحـــال أن لفظ المضاربة دليل على السفر ، أي على جوازه (لأنهـــا) أي لأن المضاربة (مشتقة من الضرب في الأرض وهو السير ، وعن أبي يوسف انه ليس له أن يسافر) قيل هذا إذا لم يقل له اعمل برأيك (وعنه) أي وعن أبي يوسف (عن أبي حنيفة أنه إن دفع في بلده) أي في بلد المضارب (ليس له أن يسافر به لأنه تعويض على الهلاك من غير ضرورة ، وإن دفـع في غير بلده له أن يسافر إلى بلده ، لأنه هو المراد في الغالب) اذ الانسان لا يستديم الغربة مع امكان الرجوع ، فلما أعطاه عالماً بغربته كان دليل الرضى بالمسافرة عند رجوعه إلى وطنه (والظاهر) أي ظاهر الرواية عن اصحابنا جميعاً (ما ذكر في الكتاب) أي القدوري

قال ولا يضارب إلا أن يأذن له رب المال أو يقول له اعمل برأيك لأن الشيء لا يتضمن مثله لتساويهما في القوة فلا بد من التنصيص عليه أو التفويض المطلق إليه ، وكان كالتوكيل ، فإن الوكيل لا يملك أن يوكل غيره فيما وكله بـــه إلا إذا قيل له اعمل برأيك ، بخلاف الإيداع والإبضاع ، لأنه دونه فيتضمنه . وبخـــلاف الإقراض حيث لا يملكه وإن قيل له اعمل برأيك لأن

في مختصره وهو جواز المسافرة بمال المضاربة وإن لم يقل له أعمل برأيك وبه قال مالك .

(قال) أي القدوري في مختصره (ولا يضارب) أي المضارب (الا أن يأذن لـــه رب المال أو يقول له إعمل برأيك ، لأن الشيء لا يضمن مثـــله لتساويهما) أي لتساوى الشيئين متماثلين (في القوة فلا بد من التنصيص عليه أو التفويض المطلق اليـــه) التنصيص بالإذن وليس يعلم فيه خلاف ، والتفويض المطلق بقوله أعمـــل برأيك . وعند الشافعي وأحمد لا يجوز فيه أيضاً الا باذن ، وأورد على هذا المستعير والمكاتب والمستأجر فإنـــه يجوز للمستعير أن يعير ، وللمستأجر أن يؤجر ، وللمكاتب أن يـــكاتب ، وكذا العبد المأذون له أن يأذن عبده ، وأجيب بأن الكلام في التصرف نيابة وهم لا يتصرفون بحكم المالية ، لأن المستعير والمستأجر ملكا المنفعة ، والمكاتب صار حراً يداً ، والعبد المأذون يتصرف بحكم المالكية الأصلية ، إذ الإذن بالتجارة فك الحجة ، وأما المضارب فانه يعمل بطريق النيابة ، لأن فيها معنى الوكالة والوكيل لا يوكل غيره فكذا هذا (وكان كالتوكيل) أي وكان أمر المضاربة كامر التوكيل (فان الوكيل لا يملك أن يوكل غيره فيما وكله به ، إلا إذا قيـــل له اعمل برأيك) فكذا المضارب لا يملك أن يضارب إلا إذا قيـــل له إعمل برأيك .

(بخلاف الإيداع والإبضاع ، لأنه دونه) أي لأن حكمها دون حـــكم المضاربة (فيتضمنه) أي إذا كان كذلك فيتضمن حكم المضاربة حكم الإيداع والإبضاع (وبخلاف الإقراض حيث لا يملكه) أي المضارب لا يملك الإقراض (وإن قيل له إعمل برأيك لأن

المراد منه التعميم فيما هو من صنيع التجار وليس الإقراض منه وهو تبرع كالهبة والصدقة فلا يحصل به الغرض وهو الربح ، لأنه لا يجوز الزيادة عليه . أما الدفـــع مضاربة فمن صنيعهم ، وكـذا الشركة والخلط بمال نفسه فيدخل تحت هذا القول . قال وإن خص له رب المال التصرف في بلد بعينه أو في سلعة بعينها لم يجز له أن يتجاوزها لأنه توكيل ، وفي التخصيص فائدة فيتخصص .

المراد منه التعميم فيما هو من صنيع التجار وليس الإقراض منه) أي من صنيع التجـار (وهو) أي الإقراض (تبرع كالهبة والصدقة ، فلا يحصل به الغرض وهو الربح ، لأنه لا يجوز الزيادة عليه) أي على الإقراض عشرة ، فانه لو أقرض عشرة ليستوفي أحد عشر لا يجوز ، فلما يحصل للربح به لا يكون من صنيع التجارة فلا يتناوله التعميم .

(أما الدفع مضاربة فمن صنيعهم ، وكذا الشركة والخلط بمال نفسه) يعني من صنيعهم وبه قال الثوري ومالك وأحمد والشافعي ليس له الشركة والخلط ، ولو فعل يضمن (فيدخل تحت هذا القول) وهو قوله اعمل برأيك والضمير في يدخل يرجع إلى الشركة والخلط على تأويل كل واحد منهما .

(قال) أي القدوري (وإن خص له رب المال التصرف في بلد بعينـه أو في سلعة بعينها لم يجز له أن يتجاوزها) كل واحد من البلد والسلعة بعينها ، وبه قال احمد « رح » قال الشافعي ومالك « رح » إذا شرط أن لا يشترى إلا من رجل بعينه أو سلعـة بعينها أو ما معهم وجوده لا تصح المضاربة ويحترز بقوله في بلد بعينه عن السوق بعينـــه فانه لا يتقيد بذلك بالإجماع إلا اذا صرح التخصيص بالمنهي بأن قال لا يعمل في غير هذا السوق فحينئذ يتقيد (لأنه توكيل) أي لأن المضاربة توكيل ، والتذكير باعتبار عقد المضاربة أو حكمها (وفي التخصيص فائدة فيتخصص) والفائدة من وجوه ، أحدها صيانة ماله من خطر الطريق ، والثاني صيانة ماله عن خيانة المضارب فانه لو عين عليه بلداً وقصد الخيانة لمنعه عنها . والثالث : أن الاسعار بحسب الغلاء والرخص يختلف باختلاف البلدان

وكذا ليس له أن يدفعه بضاعة إلى من يخرجها من تلك البلدة لأنه لا يملك الإخراج بنفسه فلا يملك تفويضه إلى غيره . قال فإن خرج إلى غير تلك البلدة فاشترى ضمن ، وكان ذلك له وله ربحه ، لأنه تصرف بغير أمره ، وإن لم يشتر حتى رده إلى الكوفة وهي التي عينها بريء من الضمان كالمودع إذا خالف في الوديعة ثم ترك ورجع المال مضاربة على حاله لبقائه في يده بالعقد السابق ،

وكذا النقود فكان الشرط مقيداً . والرابع : أن المضارب ما دام في المصر لا يستحق المنفعة في مال المضارب وفي السفر يستحقها فيه .

(وكذا ليس له أن يدفعه بضاعة) أي وكذا ليس للمضارب أن يدفع المال بضاعة ، أراد ليس له الإبضاع (إلى من يخرجها) أي البضاعة (من تلك البلدة) أي البلدة التي عينها رب المال (لأنه لا يملك الإخراج بنفسه فلا يملك تفويضه إلى غيره) أي تفويض الإخراج إلى غيره .

(قال) أي في الجامع الصغير (فإن خرج إلى غير تلك البلدة فاشترى ضمن) لأنه تصرف فيه بخلاف أمره ، فكان غاصباً ولم يرد من قوله فاشترى ضمن أن الضمان يترتب على الشراء ، لأن الضمان يجب عليه بمجرد الإخراج ، وإنما مراده استقرار الضمان على ما يجيء في الكتاب (وكان ذلك له) أي الذي اشتراه كان له (وله ربحه) أي كان له ربحه الذي حصل منه ولكن يتصدق به على قولهما . وعلى قول أبي يوسف يطيب له الربح فلا يلزمه التصدق (لأنه تصرف بغير أمره) أي لأن الإخراج أو الشراء يتصرف في ملك غيره بغير أمره فيصير غاصباً فلم يبق مضارباً .

(وإن لم يشتر حتى رده الى الكوفة وهي) أي والحال أن الكوفة هي (التي عينها) أي رب المال (بريء) أي المضارب (من الضمان كالمودع إذا خالف في الوديعة ثم ترك) أي المخالفة (ورجع المال مضاربة على حاله لبقائه في يده بالعقد السابق) الضمير في

وكذا إذا رد بعضه واشترى ببعضه في المصر كان المردود والمشترى في المصر على المضاربة لما قلنا ، ثم شرط الشراء ها هنا وهو رواية الجامع الصغير . وفي كتاب المضاربة ضمنه بنفس الإخراج، والصحيح أن بالشراء يتقرر الضمان لزوال احتمال الرد إلى المصر الذي عينه . أما الضمان فوجوبه بنفس الإخراج وإنما شرط الشراء للتقرر لا لأصل

الموضعين يرجع إلى المضاربة ، والتذكير في الأولى باعتبار العهد ، وفي الثاني باعتبار المال .

فإن قيل قوله ورجع المال صح مضاربة يدل على انها زائلة ، وإذا قال العقد لا يرجع إلا بالتحديد ، أجيب بأنه على رواية الجامع الصغير لم يزل، لأن الخلاف إنما يتحقق بالشراء والفرض خلافه وانما قال رجع بناء على انه صار على شرف الزوال ، وأما على رواية المبسوط فانها زالت زوالاً موقوفاً حيث ضمنه بنفس الاخراج .

(وكذا إذا رد بعضه) أى كذا يكون المضاربة على حالها إذا رد المضارب بعض المال إلى الموضع الذي عينه (واشترى ببعضه في المصر) أى والحال أنه قد اشترى ببعض المال في المصر الذي عينه (كان المردود والمشترى في المصر على المضاربة لما قلنا) اشار به الى قوله لبقائه في يده بالعقد السابق في الايضاح ما اشترى ببعضه فهو له ، وما رد على المضاربة (ثم شرط الشراء هاهنا) أي شرط في الجامع الصغير في الضمان الشراء ، حيث قال فان خرج إلى غير ذلك البلد فاشترى ضمن ، والضمير فى بها يرجع إلى المضاربة كذا المراد منه مال المضاربة . ثم فسر قوله ثم شرط الشراء بها هنا بقوله (وهو رواية الجامع الصغير) اي المذكور في شرط الشراء وهو رواية الجامع الصغير .

(وفي كتاب المضاربة) يعني من المبسوط (ضمنه بنفس الإخراج) أى ضمن المضارب بنفس الإخراج مال المضاربة سواء اشترى بها أو لا (والصحيح أن بالشراء يتقرر الضمان لزوال احتمال الرد إلى المصر الذي عينه، أما الضمان فوجوبه بنفس الإخراج، وإنما شرط الشراء للتقرر لا لأصل الوجوب) يعني لتقرر الوجوب لا لأصل وجوب الضمان . حاصله أن

وهـــذا بخلاف ما إذا قال على أن يشتري في سوق الكوفة حيث لا يصح التقييد ، لان المصر مع تباين أطرافه كبقعة واحدة فلا يفيد التقييد إلا إذا صرح بالنهي بأن قال اعمـل في السوق ولا تعمل في غير السوق ، لانه صرح بالحجر والولاية إليه .

الضمان يجب بنفس الإخراج ولكنه على شرف الزوال ، فإذا اشترى به تقرروتأكد، أشار له بقوله لزوال احتمال الرد . وأما إذا اشترى ببعضه فيـه وببعض آخر في غـــيره فهو ضامن لما اشتراه في غيره وله ربحه وعليه وضيعة لتحقق الخلاف منه في ذلك القدروالباقي على المضاربة ، إذ ليس من ضرورة صيرورته ضامناً لبعض المال انتفاء حكم المضاربة فيما بقي ، قيل فيه نظر لأن الصفقة متحدة وفي ذلك تفريقها . قلنـــا الجزء معتبر بالكل وتفريق الصفقة موضوع إذا استلزم ضرراً ولا ضرر عند الضمان .

(وهذا بخلاف مـا إذا قال على أن يشترى في سوق الكوفة حيث لا يصح التقييد) أشار بهذا إلى قوله وإن خص له رب المال التصرف في بلد بعينه (لأن المصر مـــع تباين أطرافه كبقعة واحدة فلا يفيد التقييد إلا إذا صرح بالنهى بان قـال إعمل في السوق ولا تعمل في غير السوق ، لأنه صرح بالحجر والولاية اليه) أى ولاية الحجر اليـــه ، أي إلى رب المال .

فإن قيل ينتقض هذا بما لو قال بع بالنسيئة ولا تبع بالنقد أو على العكس ، حيث لو باعها بالنقد أو بالنسيئة لا يكون مخالفاً مع صريح النهي إذا كان السعر بالنقد والنسيئة لا يتفاوت . الجواب عن هذا مبني على أصل وهو أن القيد المقيد من كل وجه يتبع وغير المقيد من كل وجه لغو ، والمقيد من وجه دون وجه متبع عند النهى الصريح ولغو عند السكوت عنه ، فالأول كالتخصيص ببلد وسلعة وقد تقدم ، والثاني كصورة النقص، فإن البيع نقداً بثمن كان خيراً ، فكان التقييد مضراً . والثالث كالنهى عن السوق فإنه مقيد من وجه من حيث ان البلد ذات أمـــاكن مختلفة حقيقية وهو ظاهر ، وحكما فإنه إذا شرط الحفظ على المودع في محلة ليس له أن يحفظها في غيرها ، وقد تختلف الأسعار ايضاً

ومعنى التخصيص أن يقول على أن تعمل كذا أو في مكان كذا ، وكذا إذا قال خذ هذا المال تعمل به في الكوفة لانه تفسير له ، أو قال فاعمل به في الكوفة لان الفاء للوصل . أو قال خذه بالنصف بالكوفة لان الباء للإلصاق .

باختلاف أماكنه . وغير مقيد من وجه وهو أن المصر مع تباين أطرافه جعل كمكان واحد كما إذا اشترط الإثنان السلم بأن يكون في المصر ولم يبين المحلة ، فاعتبرناه حالة التصريح بالنهي لولاية الحجر ، ولم يعتبر عند السكوت .

(ومعنى التخصيص أن يقول على أن تعمل كذا) لما قال فيما مضى وإن خص له رب المال ... إلى آخره ،شرع هنا يبين معنى التخصيص ما هو وذكر ألفاظ تدل على التخصيص والتقدير ، ومعنى التخصيص يحصل بأن يقول كذا وكذا ، أي بهذه الألفاظ والغرض من ذكره التمييز بين ما يدل منها على التخصيص وما لا يدل ، ومجموع ذلك ثمانية ، ستة منها تقييد التخصيص ، واثنان منها تعتبر مشورة . والضابط التمييز ما يفيد التخصيص عما لا يفيده ، وهو أن رب المال إذا أعقب لفظ المضاربة كلاماً لا يصح الابتداء به ويصح متعلق بما تقدم ، جعل متعلقاً به لئلا يلغو ، وإذا أعقب ما يصلح الابتداء لم يجعل متعلقاً بما تقدم لانتفاء الضرورة ، وعلى هذا إذا قال خذ هذا المال على أن تعمل كذا ، يكون تخصيصاً ، لأنه أعقب لفظ المضاربة ما لا يصح الابتداء ، وحيث لا يصح أن يبتدىء بقوله على أن تعمل (أو في مكان كذا) لكونه مثلاً .

والثالث هو قوله (وكذا إذا قال خذ هذا المال تعمل به في الكوفة) يجوز في اللام الجزم على أنه جواب الامر ، ويجوز الرفع على تفسير أنت تعمل به ، وكلام المصنف يحتمل الوجهين (لانه تفسير له) أى لأن قوله تعمل به في الكوفة بأن قال خذ هذا المال (أو قال فاعمل به في الكوفة ، لأن الفاء للوصل) والتعقيب والمتصل المتعقب اليهم تفسيراً له والخامس هو قوله (أو قال خذه بالنصف بالكوفة) بان قال خذ هذا المال بالنصف بالكوفة (لأن الباء للإلصاق) فتقتضى إلصاق موجب كلاماً وهو العمل بالمال ملصقاً بالكوفة ، وهو أن يكون الثمن فيها .

أما إذا قال خذ هذا المال واعمل به بالكوفة فله أن يعمل فيهـا و في غيرها ، لان الواو للعطف . فيصير بمنزلة المشورة . ولو قال على أن تشتري من فلان وتبيـع منه صح التقييد ، لانه مقيداً لزيادة الثقة بـه في المعاملة ،

السادس لم يذكره المصنف، وهو أن يقول خذه بالنصف لتعمل به في الكوفة،وجعل الكاكي النوع الثالث على قسمين باعتبار الجزم والرفـــع ، ولم يذكر قوله على أن تعمل كذا . وجعل صاحب العناية هذا قسما واحداً ، وجعل السادس ما ذكرناه . والصواب أن الذي ذكره المصنف ستة وهي أن تعمل كذا وفي مكان كذا ، أو أخذ هـــذا المال تعمل به في الكوفة بالرفع وتعمل به بالجزم أو فاعمل في الكوفة ، وبقى لفظاً بعـــد مشورة ولا بعد شرط أحدهما أن يقول دفعت اليك هذا الألف مضاربة بالنصف إعمل بها في الكوفة .

والثاني أن يقول واعمل بها بالكوفة بالواو ، أشار اليه بقوله (أما إذا قال خذ هذا المال واعمل به بالكوفة فله أن يعمل فيها وفي غـــيرها ، لأن الواو للعطف) والشيء لا يعطف على نفسه بل على غيره فاعتبر كلاما مبتدأ (فيصير بمـنزلة المشورة) كأنه قال إن فعلت كذا كان أنفع . والمشورة بفتـــح الميم وضم الشين وهو استخراج رأى على غالب الظن .

فإن قيل فلم تجعل واو الحال كما في قوله أد إلي الفاً وانت حر . أجيب بعدم صلاحية ذلك هاهنا ، لأن العمل أن يكون بعد الأخذ لا حال الأخذ . قلت لم لا يجوز أن يكون حالاً منتظرة كما في قوله تعالى ﴿ محلقين رؤوسكم ﴾ ذكر تفريعاً على ما تقدم .

(ولو قال على أن تشتري من فلان وتبيـع منه صح التقييد) ذكر هذا تفريعاً على ما تقدم ، يعني لو قال رب المال خذه مضاربة على أن تشتري إلى آخره (لأنـه) أي لأن تقييده (مقيداً لزيادة الثقة به) أي بفلان (في المعاملة) لتفاوت الناس في المعـــاملات قضاء واقتضاء ومسافة في الحساب ، وفي التنزه عن الشبهات ، وبقولنا قال أحمد . وقال

بخلاف ما إذا قال على أن تشتري بها من أهل الكوفة أو دفع مالاً في الصرف على أن تشتري به من الصيارفة وتبيع منهم فباع بالكوفة من غير أهلها أو من غير الصيارفة جاز ، لان فائدة الأول التقييد بالمكان ، وفائدة الثاني التقييد بالنوع هذا هو المراد عرفاً لا فيما وراء ذلك . قال وكذلك إن وقت للمضاربة وقتاً بعينه يبطل العقد بمضيه ، لانه كوكيل فيتوقت بما وقته ،

الشافعي ومالك « رح » لا يصح هذا التقييد فلا تصح المضاربة ولنا ما ذكرنا .

(بخلاف ما إذا قال على أن تشتري بها) أي المضاربة ، وأراد بها مال المضاربة (من أهل الكوفة أو دفع مالاً في الصرف على أن تشترى به من الصيارفة وتبيع منهم فباع بالكوفة من غير أهلها) أي من غير أهل الكوفة (أو من غير الصيارفة جاز) في الوجهين جميعاً (لأن فائدة الأول) وهو قوله على أن تشتري بها من أهل الكوفة (التقييد بالمكان) وهو الكوفة (وفائدة الثاني) وهو قوله على أن تشتري من الصيارفة(التقييد بالنوع) وهو بيع الصرف (هذا هو المراد عرفاً) جواب عن سؤال مقدر تقديره أن يقال في هذا عدول عن ظاهر اللفظ ، فإن ظاهره يقتضى شراءه من كوفي لا من غيره ، سواء كان في الكوفة أو في غيرها .

وتقدير الجواب ان مقتضى اللفظ قد يترك به بدلالة العرف ، والعرف في ذلك والمنع عن الخروج من الكوفة صيانة لماله ، وقد حصل . ولما لم يخص المعاملة في الصرف بشخص بنية مع تفاوت الاشخاص دل على أن المراد به فرع الصرف وقد حصل (لا فيما وراء ذلك) يعني غير المكان في الأول والنوع في الثاني .

(قال) أي القدوري (وكذلك إن وقت للمضاربة وقتاً بعينه يبطل العقد بمضيه) يعني أن التوقيت بالزمان مقيد ، فكان كالتقييد بالنوع والمكان (لأنه) أي لأن عقد المضاربة (كوكيل فيتوقف بما وقته) كالوكالة الموقتة ، وبه قال أحمد في ظاهر روايته . وقال الشافعي ومالك وأحمد في رواية لا يصح توقيته ، لأنه يؤدي إلى ضرر بالعامل .

والتوقيت مفيد ، فإنه تقييد بالزمان فصار كالتقييد بالنوع والمكان.
قال وليس للمضارب أن يشتري من يعتق على رب المال لقرابة أو غيرها ، لأن العقد وضع لتحصيل الربح ، وذلك بالتصرف مرة بعد أخرى ولا يتحقق فيه بعتقه ، ولهـــذا لا يدخل في المضاربة شراء ما لا يملك بالقبض كشراء الخمر والشراء بالميتة ، بخلاف البيع الفاسد لأنه يمكنه بيعه بعد قبضه

وقال بعض اصحاب الشافعي إن شرط المدة على أن لا يبيع بعدهـا لم يصح وإنه شرط على أن لا يشترى بعدها صح . ولنا ما ذكره بقوله (والتوقيت مفيد ، فانـه تقييد بالزمان ، فصار كالتقييد بالنوع) نحو الطعام (والمكان) نحو الكوفة .

(قال) أي القدوري (وليس للمضارب أن يشتري من يعتق على رب المال لقرابة) مثل ابيه وابنه (أو غيرها) أي أو غير قرابة ، يعني يعتق عليـه ، ولكن قرابة بل لوجه آخر ، نحو المحلوف بعتقه ، وبه قال اكثر الفقهاء إذا كان بغير اذن رب المال وإذا كان بإذنه يصح وتنفع المضاربة (لأن العقد وضع لتحصيل الربح ، وذلك) أي تحصيل الربح (بالتصرف مرة بعد اخرى ولا يتحقق) أي التصرف مرة بعد اخرى (فيه)أي في شراء من يعتق عليه (لعتقه) أي لعتق من يعتق عليه بالشراء فلا يبقى التصرف بعد ذلك ، وفي هذا إشارة إلى الفرق بين المضاربة والوكالة ، فان الوكيل بشراء عبد مطلقـاً إن اشترى من يعتق على موكله لم يكن مخالفـاً ، وذلك لأن الربح المحتاج إلى تكرر التصرف ليس بمقصود في الوكالة ، حتى لو كان مقصود الموكل وقيـد بقوله اشتر لي عبداً أبيعه فاشترى من يعتق عليه كان مخالفاً (ولهذا) أي ولكون هذا العقد وضع لتحصيل الربح (لا يدخل في المضاربة شراء ما لا يملك بالقبض كشراء الخمر والشراءبالميتة)لانتفاء التصرف فيه لتحصيل الربح .

(بخلاف البيع الفاسد) يعني يدخل في المضاربة البيع الفاسد ، لأن المبيع يملك بالقبض فيدخل (لأنه يمكنه بيعه بعد قبضه) أي لأن المضارب يمكنه بيع المبيع في

فيتحقق المقصود . قال ولو فعل صار مشترياً لنفسه دون المضاربة ، لان الشراء متى وجد نفاذاً على المشتري نفذ عليه كالوكيل بالشراء إذا خالف . قال فإذا كان في المال ربح لم يجز له أن يشتري من يعتق عليه ، لا نه يعتق عليه نصيبه ويفسد نصيب رب المال أو يعتق على الإختلاف المعروف ، فيمتنع التصرف ، فلا يحصل المقصود.

البيع الفاسد بعه قبضه إياه ، فلا يكون مخالفاً بالبيع الفاسد (فيتحقق المقصود) وهو تحصيل الربح ، وعند الثلاثة يصير مخالفاً بالبيع الفاسد كما في البيع الباطل .

(قال) أي القدوري « رح » (ولو فعل) أي ولو اشترى المضارب من يعتق على رب المال (صار مشترياً لنفسه دون المضاربة ، لأن الشراء متى وجد نفاذاً على المشترى نفذ عليه كالوكيل بالشراء إذا خالف) قيد بقوله متى وجد نفاذاً احترازاً عن الصبي والمحجورين فإن شراءهما يتوقف على اجازة الولي والمولى وإن كان نقد الثمن من مال المضاربة بتخيير رب المال أن يسترد المقبوض من البائع ويرجع البائع على المضارب وبين أن يضمن المضارب مثل ذلك لأنه قضى بمال المضاربة ديناً عليه . وقال مالك إن كان العامل عالما موسراً بيع منه بقدر رأس المال ، وإن كان غير عالم عتق على رب المال ولا غرم على العامل، وعلى هذا لو ظهر ربح يرجع العامل على رب المال بحصته فيه .

(قال) أي القدوري (فإن كان في المال ربح لم يجز له) أي المضارب (أن يشتري من يعتق عليه) أي على المضارب (لأنه يعتق عليه نصيبه ويفسد نصيب رب المال) لانتفاء جواز بيعه لكونه مستسعى لا يجوز بيعه (أو يعتق) أي العبد كله عندهما، أشار إلى هذا بقوله (على الاختلاف المعروف) وهو أن الإعتاق يتجزأ عندنا خلافاً لهما (فيمتنع التصرف ، فلا يحصل المقصود) وهو الاسترباح وبقولنا قال الشافعي « رح » في قول ، وفي قول يصح ولا يعتق ، لأنه لا يملك الربح بمجرد الظهور على تمليكه بالقسمة ، وبه قال أحمد في رواية واحمد في وجه وإن لم يكن في المال ربح يصح بمثل وبالإجماع .

وإن اشتراهم ضمن مال المضاربة ، لانه يصير مشترياً للعبد فيضمن بالنقد من مال المضاربة . وإن لم يكن في المال ربح جاز أن يشتريهم لانه لا مانع من التصرف إذ لا شركة له فيه ليعتق عليه ، فإن زادت قيمتهم بعد الشراء عتق نصيبه منهم لملكه بعض قريبه . ولم يضمن لرب المال شيئاً ، لانه لا صنع من جهته في زيادة القيمة ولا في ملكه الزيادة ، لان هذا شيء يثبت من طريق الحكم ، فصار كما إذا ورثه مع غيره ويسعى العبد في قيمة نصيبه منه لانه احتسبت ماليته

(وإن اشتراهم) أى وإن اشترى المضارب من يعتق عليه (ضمن مال المضاربة ، لأنه يصير مشترياً للعبد فيضمن بالنقد من مال المضاربة وإن لم يكن في المال ربح جاز أن أن يشتريهم لأنه لا مانع من التصرف اذ لا شركة له فيه ليعتق عليه) يعني لا شركة للمضارب في المال حتى يعتق عليه من يشتريه ، أى على المضارب .

(فإن زادت قيمتهم بعد الشراء عتق نصيبه منهم) أى نصيب المضارب من الذي اشتراهم ممن يعتق عليه ، وبه قال الشافعي في وجه ومالك في رواية وأحمد في رواية (لملكه) أى لملك المضارب (بعض قريبه ولم يضمن لرب المال شيئا ، لأنه لا صنع من جهته في زيادة القيمة ولا في ملكه الزيادة) وهو نصيبه من الربح ،

(لأن هذا) اشارة إلى ما ذكر من زيادة القيمة ومن ملك الزيادة (شيء يثبت من طريق الحكم) يعني لا اختيار له فيه . وعند الشافعي وأحمد في وجه ومالك في رواية يضمن إن كان موسراً (فصار كما إذا ورثه مع غيره) كامرأة اشترت ابن زوجها فماتت وتركت زوجاً وأخا أعتق نصيب الزوج ولا يضمن شيئاً لأخيها (ويسعى العبد في قيمة نصيبه) أي نصيب رب المال ، وبه قال الشافعي « رح » في قول وأحمد ومالك « رح » إن كان المضارب معسراً (منه) أي من العبد (لأنه احتسبت ماليته) أي مالية العبد

عنده فيسعى فيه ، كما في الوراثة . قال فإن كان مع المضارب ألف بالنصف فاشترى بهـــا جارية قيمتها ألف فوطئها فجاءت بولد يساوي ألفاً فادعاه ثم بلغت قيمة الغلام ألفـــاً وخمسمائة والمدعي موسر فإن شاء رب المال استسعى الغلام في ألف ومائتين وخمسين ، وإن شاء أعتق . ووجه

(عنده) أي عند العبد (فيسعى فيه) أي فيسعى العبد في نصيب رب المـــال (كما في الوراثة) كأن ورث جماعة عبداً يعتق أحدهم نصيبه فإنه يسعى في نصيب البـــاقين لاحتباس المالية عنه .

(قال فإن كان مع المضارب الف بالنصف) ذكره تفريعاً ، وهو من مسائل الجـــامع الصغير ، فلذلك ذكره بالفاء ، إن كان مع المضارب الف درهم مناصفة (فاشترى بهـــا جارية قيمتها الف فوطئها فجاءت بولد يساوى الفـــاً فادعاه ثم بلغت قيمة الغلام الفاً وخمسمائة والمدعي موسر) أي والحال أن المدعي للولد وهو المضارب موسر . قيد بقوله لنفي الشبهة وهو أن الضمان بسبب دعوة المضارب ضمان إعتـــاق في حق المولى وضمان الإعتاق يختلف باليسار والإعسار ، فينبغي أن يضمن المضارب لرب المال إذا كان موسراً مع ذلك لا يضمن .

وفي مغني الحنابلة إن ظهر ربح في المال يصح دعوة وتصير الجارية أم ولد له ويعتق الولد بالقيمة وإن لم يظهر ربح قبل العلوق فالولد رقيق لأنه علقت منه في غـير ملك ولا شبهة ملك ، وقال مالك يضمن قيمتها يوم الوطء في رواية إنظهر ربح قبل العلوق . وقيد بقوله ثم بلغت قيمة الغلام الفاً وخمسمائة لانه إذا لم تزد قيمته على الف فدعوة المضارب باطلة لأنه لا يملك واحداً من الولد والأم ، لأن كلا منهما مشغول برأس المال وانتفي الحد لاحتمال تعلق حقه به على تقدير ظهور الربح ولا يثبت النسب لعدم الملك أصلا ، ويضمن العقد وله أن يبيع الأم والولد لأنها مال المضاربة .

(فإن شاء رب المال استسعى الغلام في الف ومائتين وخمسين ، وإن شاء اعتق ووجه

ذلك أن الدعوة صحيحة في الظاهر حملاً على فراش النكاح لكنه لم ينفذ لفقد شرطه وهو الملك لعدم ظهور الربح ، لان كل واحد منهما أعني الأم والولد مستحق برأس المال كما في المضاربة إذا صار أعياناً كل عين منها يساوي رأس المال لا يظهر الربح ، كذا هـــذا . فإذا زادت قيمة الغلام الآن ظهر الربح ونفذت

ذلك) أي الحكم المذكور (أن الدعوة صحيحة في الظاهر) بصدورها من أهلها في محلها (حملا على فراش النكاح) بأن زوجها منه البائع ثم باعها منه فوطئها فعلقت منه (لكنه) أى لكن الادعاء بالولد (لم ينفذ) اى في حق المعتق (لفقد شرطه وهو الملك) أو شبهة في الولد (لعدم ظهور الربح ، لأن كل واحد منهما أعني الأم والولد مستحق برأس المال) لأنه يحتمل لأن يهلك أحدهما فيتعين الآخر لرأس المال فلا يظهر الربح (كما في المضاربة إذا صار أعياناً كل عين منها يساوي رأس المال) كما لو اشترى برأس المال عبدين كل واحد منهما يساوي الفاً فإنه (لا يظهر الربح) عندنا خلافاً لزفر (كذا هذا) أى ما نحن فيه فاذا لم يظهر الربح لم يكن للمضارب في الجارية ملك ، وبدون الملك لا يثبت الاستيلاد .

واعترض بوجهين ، أحدهما أن الجارية كانت متعينة لرأس المال قبـــل الولد فتبقى كذلك وتعين أن يكون الولد كله ربحاً . والثاني أن المضارب إذا اشترى بألف لمضاربة فرسين كل واحد منهما يساوي الفا كان له ربحهما ، حتى لو وهب ذلك لرجل وسلمه صح. أجيب عن الأول بأن تعينها كان لعدم المزاحم لا لأنها رأس المال ، فان رأس المـــال هو الدراهم وبعد الولد تحققت المزاحمة فذهب تعينهـــا ولم يكن أحدهما اولى لذلك من الآخر فاستقلا برأس المال وعن الثاني بأن المراد بقوله أعياناً أجناس مختلفة والفرسان جنس واحد فيقسمان جملة واحدة ، وإذا اعتبرا جملة حصل البعض ربحاً ، بخلاف العبدين، فانهما يقسمان جملة واحدة ، بل كل واحد يكون بيعها على حياله لكون الرقيق أجناساً مختلفة عند أبي حنيفة قولاً واحداً ، وعنده ايضاً في رواية كتاب المضاربة .

(فإذا زادت قيمة الغلام الآن) أى على مقدار رأس المـــال (ظهر الربح ونفذت

الدعوة السابقة ، بخلاف ما إذا أعتق الولد ، ثم إذا زادت القيمـــة لأن ذلك إنشاء العتق ، فإذا بطـــل لعدم الملك لا ينفذ بعد ذلك بحدوث الملك ، أما هذا اخبار فجاز أن ينفذ عند حدوث الملك ، كما إذا أقر بحرية عبد غيره ثم اشتراه ، فإذا صحت الدعوة وثبت النسب عتق الولد لقيام ملكه في بعضه ولا يضمن لرب المال شيئاً من قيمة الولد ، لان عتقه ثبت بالنسب والملك ، والملك آخرهما فيضاف إليه ولا صنع له فيه ،

الدعوة السابقة) لأن سببها كان موجوداً وهو فراش النكاح ، فيثبت النسب منه، ولكن لم ينفذ الوجود المانع وهو عدم الملك ، فاذا زال المانع صار نافذاً .

(بخلاف ما إذا أعتق) أي المضارب (الولد ثم ازدادت القيمة) أى قيمة الولد فلا يعتق (لأن ذلك إنشاء العتق) فلم يصادف محله لعدم الملك فكان باطلا (فاذا بطل لعدم الملك لا ينفذ بعد ذلك بحدوث الملك ، أما هذا) أي إدعاء النسب (اخبار فجـاز أن ينفذ عند حدوث الملك كما إذا أقر بحرية عبد غيره ثم اشتراه) فانه يعتق عليه (فاذا صحت الدعوة وثبت النسب عتق الولد) أى عندهما (لقيام ملكه في بعضه ، ولا يضمن لرب المال شيئاً من قيمة الولد) موسراً كان أو معسراً . وقال الشافعي في وجه وأحمد في رواية ومالك يضمن له حصته ، إن كان موسراً لوجود الصنع منـــه دعوة النسبة فيضمن إذا ملكه .

ولنا ما ذكره من قوله (لأن عتقـه ثبت بالنسب والملك ، والملك آخرهما) يعني وجوداً (فيضاف) أى الحكم (اليه) أي إلى الملك، لأن الحـكم إذا ثبت بعلة ذات وصفين يصادف آخرهما وجوداً ، أصله مسألة السفينة والقدح المسكر ، ودليـــله ما روى عن أبي بكر رضى الله عنه أن رجلاً أقر بين يديه بالزيادة ثلاثا ، فقال إياك والرابعة فانهـــا الموجبة (ولا صنع له) أي المضارب (فيه) أى في ثبوت الملك ، لأنه شاركه بازدياد

وهذا ضمان اعتاق فلا بد من التعدي ولم يوجد . وله أن يستسعى الغلام ، لانه احتبست ماليته عنـده وله أن يعتق ، لان المستسعى كالمكاتب عند أبي حنيفة «رح» ويستسعيه في ألف ومائتين وخمسين لان الألف مستحق برأس المال ، والخمسائة ربح ، والربح بينهما ، فلهذا يسعى له في هذا المقدار . ثم إذا قبض رب المال الألف له أن يضمن المدعي نصف قيمة الأم ، لأن الألف المأخوذ ما استحق برأس المال لكونه مقدماً في الإستيفاء ظهر أن الجارية كلها ربح فتكون بينهما وقد تقدمت دعوة

القيمة ، ولا صنع له فيه ، فلا يكون متعدياً (وهذا ضمان اعتاق ، فـلا بد من التعدى ولم يوجد) وإذا انتفى الضمان يبقى أحد الأمرين الآخرين من الاستسعاء والإعتاق، أشار اليه بقوله (وله) أي لرب المال (أن يستسعي الغلام ، لأنه احتبست المالية عنده وله أن يعتق ، لأن المستسعى كالمكاتب عند أبي حنيفة رضي الله عنه ، ويستسعيه في الف ومائتين وخمسين ، لأن الألف مستحق برأس المال ، والخمسائة ربح ، والربح بينهما، فلهذا يسعى له) أي لرب المال (في هذا المقدار) يعني في الف ومائتين وخمسين .

فان قيل لم لا يجعل الجارية رأس المال والولد كله ربحا ، قيل لأن ما يجب على الولد بالسعاية من جنس رأس المال والجارية ليست من ذلك ، فكان تعيين الالف من السعاية لرأس المال انسب للتجانس ، وهذا السؤال والجواب ذكرهما في الكافي . وقال صاحب العناية وفيه نظر لأنا جعلنا الجارية رأس المائه وقد عتقت بالاستيلاد وجبت قيمتها على المضارب وهي من جنس رأس المال . قلت الولد زاحمها فترجح بسبب ظهور المربح من جهته .

(ثم إذا قبض رب المال الألف له أن يضمن المدعي) وهو المضارب (نصف قيمة الأم ، لأن الألف المأخوذ) أي من الولد (ما استحق برأس المال لكونه مقـــدما في الاستيفاء) على الربح (ظهر ان الجارية كلها ربح ، فتكون بينهما وقـد تقدمت دعوة

صحيحة لاحتمال الفراش الثابت بالنكاح وتوقف نفاذها لفقـــد الملك ، فإذا ظهر الملك نفذت تلك الدعوة وصارت الجارية أم ولد له ويضمن نصيب رب المال ، لان هذا ضمان تملك وضمان التملك لا يستدعي صنعـــاً كما إذا استولد جارية بالنكاح ثم ملكها هو وغيره وراثة يضمن نصيب شريكه ، كذا هذا ، بخلاف ضمان الولد على ما مر .

صحيحة) من المضارب (لاحتمال الفراش الثابت بالنكاح وتوقف نفاذها لفقد الملك ، فإذا ظهر الملك نفذت تلك الدعوة) السابقـة (وصارت الجارية أم ولد له ، ويضمن نصيب رب المال ، لأن هذا ضمان تملك ، وضمان التملك لا يستدعي صنعاً) بل يعتمد الملك وقد حصل (كما إذا استولد جارية بالنكاح ثم ملكها هو وغيره وراثة) أى من جهـة الوراثة فإنه (يضمن نصيب شريكه) كالأخ تزوج جارية أخيه فمات الزوج وترك الجارية ميراثاً بين الزوج وأخ آخر فان الزوج ملكها بغير صنعه ، فيضمن نصيب شريكه (كذا هذا) أى ما نحن فيه .

(بخلاف ضمان الولد) فإنه ضمان إعتاق، وهو اتلاف فلا بد من التعدي وهو لايتحقق بدون صنعه (على مـــا مر) إشارة إلى قوله لأن عتقه بالسبب والملك ، والملك آخرهما ولا صنع له فيه ، والله أعلم .



باب المضارب يضارب

قال وإذا دفع المضارب المال إلى غيره مضاربة ولم يأذن له رب المال لم يضمن بالدفع ولا بتصرف المضارب الثاني حتى يربح ، فإذا ربح ضمن الأول لرب المال، وهذا رواية الحسن عن أبي حنيفة « ر ح » . وقالا إذا عمل به ضمن ربح أو لم يربح ، وهـذا ظاهر الرواية . وقـال زفر « ر ح » يضمن بالدفع عمل أو لم يعمل ، وهو رواية عن أبي يوسف ، لان المملوك له الدفع على وجه الإيداع ، وهذا

(باب المضارب يضارب)

أي هذا باب في بيان أحكام المضارب حال كونه يضارب . وقد علم أن المضارع المثبت إذا وقع حالاً يكتفى فيه بالضمير .

(قال) أي القدوري (وإذا دفع المضارب المال إلى غيره مضاربة ولم يأذن) والحال أنه لم يأذن (له رب المال لم يضمن بالدفع) أى بمجرد الدفع . وقال زفر « رح » والثلاثة يضمن بمجرد الدفع وهو رواية عن أبي يوسف ، لأنه يصير مخالفاً على ما يجيء الآن (ولا بتصرف المضارب الثاني) أي ولا يضمن أيضاً بتصرف المضارب الثاني (حتى يربح، فاذا ربح ضمن الأول) أى فاذا ربح المضارب الثاني ضمن المضارب الأول (لرب المال ، وهذا رواية الحسن عن أبي حنيفة « رح » وقال أبو يوسف ومحمد « رح » إذا عمل به ضمن ربح أو لم يربح ، وهذا ظاهر الرواية . وقال زفر « رح » يضمن بالدفع) أي بمجرد الدفع (عمل) أي الثاني (أو لم يعمل ، وهو رواية عن أبي يوسف « رح » لأن المملوك له) أى للمضارب ، أراد أن الذي يملكه المضارب هو (الدفع على وجه الإيداع ، وهـذا

الدفع على وجه المضاربة . ولهما أن الدفع إيداع حقيقة ، وإنما يتقرر كونه للمضاربة بالعمل ، فكان الحال مراعى قبله . ولأبي حنيفة « رح » أن الدفع قبل العمل إيداع وبعده إبضاع ، والفعلان يملكهما المضارب فلا يضمن بهما ، إلا أنه إذا ربح فقد ثبت له شركة في المال فيضمن كما لو خلطه بغيره ، وهذا إذا كانت المضاربة صحيحة ،

الدفع على وجه المضاربة) فصار مخالفاً فيضمن .

(ولهما أن الدفع إيداع حقيقة) لأنه أمانة فلا تمليك وله ولاية الإيداع (وإنما يتقرر كونه للمضاربة بالعمل ، فكان الحال مراعى) أي موقوفاً (قبله) أى قبل العمل إن عمل ضمن وإلا فلا .

(ولأبي حنيفة رضي الله عنه أن الدفع قبل العمل إيداع وبعده ابضاع والفعلان يملكهما المضارب فلا يضمن بهما) أي بالإيداع والإبضاع (إلا انه) أي أن المضارب الثاني (إذا ربح فقد ثبت له) أي فقد اثبت المضارب الأول لرب المال (شركة في المال فيضمن) لاشتراك الغير في ربح مال رب المال وفي ذلك اتلاف فيوجب الضمان (كما لو خلطه بغيره) مال المضاربة بغير مالها (وهذا) أي وجوب الضمان على الأول أو عليهما بالربح والعمل على ما ذكرنا (إذا كانت المضاربة صحيحة) أطلق المضاربة ولم يبين أن المراد بها المضاربة الأولى والثانية أو كلتيهما ليتناول كلا منهما ، فان الأولى إذا كانت فاسدة أو الثانية أو كلتيهما جميعا لم يضمن الأول ، لأن الثاني أجير فيه وله أجر مثله فلم يثبت الشركة الموجبة للضمان وكذا لو كانت الأولى جائزة والثانية فاسدة فلا ضمان لما ذكرنا ، وكذا إذا كانت الاولى فاسدة والثانية جائزة ، وانما يجب الضمان عليهما إذا كانت المضاربتان جائزتين .

فإن قيل إذا كانت الاولى فاسدة لم يتصور جواز الثانية ، لأن مبناها على الأولى فلا يستقيم التقسيم ، أجيب بأن المراد جواز الثانية حينئذ ما يكون جائزاً بحسب الصورة بأن يكون المشروط الثاني من الربح مقدار ما يجوز به المضاربة في الجملة بأن كان المشروط

فإن كانت فاسدة لا يضمنه الأول وإن عمل الثاني لانه أجير فيه ، وله أجر مثله فلا تثبت الشركة به ، ثم ذكر في الكتاب يضمن الأول ولم يذكر الثاني . وقيل ينبغي أن لا يضمن الثاني عند أبي حنيفة « رح » ، وعندهما يضمن بناء على اختلافهم في مودع المودع . وقيل رب المال بالخيار إن شاء ضمن الأول وإن شاء ضمن الثاني بالإجماع وهو المشهور ، وهـذا عندهما ظاهر ، وكذا عنده . ووجه الفرق له بين هذه وبين مودع المودع أن المودع الثاني يقبضه لمنفعة الأول ، فلا يكون ضامناً ، أما المضارب

للأول نصف الربح ومائة مثلا وللثاني نصفه .

(فإن كانت) أي المضاربة (فاسدة لا يضمنه الأول) أي المضارب الأول (وإن عمل الثاني) أي المضارب الثاني (لأنه أجير فيه وله أجر مثله فلا تثبت الشركة به) أي الشركة الموجبة للضمان للعمل (ثم ذكر في الكتاب) أى مختصر القدوري (يضمن الأول ولم يذكر الثاني . وقيل ينبغي أن لا يضمن الثاني عند أبي حنيفة « رح » وعندهما يضمن بناء على اختلافهم في مودع المودع) فان مودع المودع لا يضمن عند أبي حنيفة « رح » خلافاً لهما .

(وقيل رب المال بالخيار إن شاء ضمن الأول وإن شاء ضمن الثاني بالإجماع) أي باجماع اصحابنا لحصول التعدى منهما من الأول دفع مال الغير ، ومن الثاني الأخذ (وهو المشهور) يعني هذا القول هو المشهور من المذهب (وهذا عندهما ظاهر) لأنهما يضمنان مودع المودع (وكذا عنده) أى عند أبي حنيفة « رح » على قول من يقول انه يضمن عقده ايضاً ، ولكن يحتاج إلى الفرق بين هذه المسألة ومسألة مودع المودع ، أشار اليه بقوله (و وجه الفرق له) أي لابي حنيفة (بين هذه) أي المسألة التي نحن فيها (وبين مودع المودع ان المودع الثاني يقبضه لمنفعة الأول) لا لنفسه (فلا يكون ضامناً ، أما المضارب

الثاني يعمل فيه لنفع نفسه فجـــاز أن يكون ضامناً ، ثم إن ضمن الأول صحت المضاربة بين الأول وبين الثاني ، وكان الربح بينهمـا على ما شرطا ، لأنـه ظهر أنه ملكه بالضمان من حين خالف بالدفـع إلى غيره لا على وجه الذي رضي به ، فصار كما إذا دفـــع مال نفسه ، وإن ضمن الثاني رجـــع على الاول بالعقد ، لانه عامل له كما في المودع ،

الثاني يعمل فيه لنفع نفسه) يعني لمنفعة نفسه من حيث شركته في الربح (فجاز أن يكون ضامناً ثم إن ضمن) أى رب المال (الأول) أى المضارب الأول (صحت المضاربة بين الأول وبين الثاني ، وكان الربح بينهما على ما شرطا ، لأنه ظهر انه ملكه) أى لأن المضارب الأول ملك مال المضاربة (بالضمان من حين خالف بالدفع إلى غيره لا على الوجه الذي رضى به) أي رب المال ، فانه لم يرض بدفع المال إلى غيره (فصار كما إذا دفع مال نفسه) فصحت المضاربة.

(وإن ضمن الثاني) أى وإن ضمن رب المال المضارب الثاني (رجع على الأول بالعقد) أي بسببه ، وبه قال الشافعى « رح » ومالك وأحمد « رح » في رواية إن لم يعلم بحال المضارب الاول ، وإن علم لم يرجع عليه بشيء رواية واحدة . وفي بعض النسخ موضع بالعقد بالعهدة ، أي بالضمان ، لأنه التزم له سلامة المقبوض .

فان قيل ينبغي أن يفسد الدفع إلى الثاني لأنه في ضمن المضاربة الأولى فيفسد بفساده قلت الدفع أمر حسي والاقتضاء لا يثبت في الحسي ، وانما هذا في أمر شرعي .

(لأنه) أي المضارب الثاني (عامل له) أي للأول (فيه) أى في ذلك العمل. قيل في كلامه تناقض ، لأنه قال قبل هذا يعمل فيه لمنفعة نفسه ، وهاهنا قال لأنه عامـــل للمضارب الأول ، والجواب أن الجهة مختلفة ، لأن الثاني عامـل لنفسه بسبب شركته في الربح ، وعامل لغيره بسبب أنه في الابتداء مودع ، وعمل المودع وهـــو الحفظ للمودع فاندفع التناقض لعدم اتحاد الجهة (كما في المودع) يعني كما في المودع الغاصب إذا ضمن

ولانه مغرور من جهته في ضمن العقد . وتصبح المضاربة والربح بينهما على ما شرطا ، لان قرار الضمان على الاول فكأنه ضمنه ابتـــداء ويطيب الربـــح للثاني ، ولا يطيب للأعلى ، لان الاسفل يستحقه بعمله ولا خبث في العمل والأعلى يستحقه بملكه المستنـــد بأداء الضمان فلا يعرى عن نوع خبث . قال وإذا دفع إليه رب المال مضاربة بالنصف وأذن له بأن يدفعه إلى غيره فدفعه بالثلث وقد تصرف

يرجع على الغاصب بما ضمن (ولأنه) أي الثاني (مغرور من جهته) أي من جهـة الأول فانه قد غره . وفي بعض النسخ معذور بالذال من العـــذر (في ضمن العقد) أي العقد الذي بين الاول والثاني ، لأنه اعتمد والاول غرر .

(وتصبح المضاربة والربح بينهما على ما شرطا) أي بين المضاربين وقـــال الشافعي وأحمد الربح لمالكه ولا شيء للمضارب الاول وللثاني أجر مثـله على الروايتين . وقال مالك إن اتفق الجبران فالربح بين المال والعامل الثاني ولا شيء للأول، وإن اختلفا وكان الاول أكثر فالزائد للمالك ، وإن كان العقد أقل فارب المال شرطه ويرجـع الثاني على العامل الاول . وقيل للعامل حصة كاملة ويرجع المالك على الاول ببـــاقي حصته (لان قرار الضمان على الاول) يثبت الملك له. وقوله على الاول خبر إن (فكأنه) أي فكأن رب المال (ضمنه ابتداء) أى في ابتداء الامر (ويطيب الربح للثاني) أى للمضارب الثانى (ولا يطيب) أى الربح (للأعلى) وهو المضارب الاول (لان الاسفل) وهـــو المضارب الثاني (يستحقه بعمله ولا خبث في العمل والاعلى يستحقه بملكه المستند بأداء الضمان) لانه يستحقه برأس المال والملك في رأس المال حصل بأداء الضمان مستنداً (فلا يعرى عن نوع خبث) لان الملك الحاصل بأداء الضمان مستنداً ثابت من وجه دون وجـه فاذا كان كذلك فسبيله التصدق .

(قال) أي القدوري (فاذا دفع اليه) أى إلى المضارب(رب المال مضاربة بالنصف وأذن له بأن يدفعه الى غيره فدفعه بالثلث وقد تصرف الثاني) أى المضارب الثـــاني

وربح ، فإن كان رب المـــال قال له على أن ما رزق الله فهو بيننا نصفان ، فلرب المـال النصف وللمضارب الثاني الثلث ، وللمضارب الأول السدس لأن الدفع إلى الثاني مضاربة قد صح لوجود الأمر به من جهة المالك ورب المال شرط لنفسه نصف جميع ما رزق فلم يبق للأول إلا النصف فينصرف تصرفه إلى نصيبه وقـــد جعل من ذلك بقدر ثلث الجميع للثاني ، فيكون له ، فـــلم يبق إلا السدس ويطيب لهما ذلك ، لأن فعل الثاني واقع للأول ، كمن استؤجر على خياطة ثوب بدرهم فاستأجر غيره عليه بنصف درهم . وإن كان قال له على أن ما رزقك الله فهو بيننا نصفان

(وربح فان كان رب المال قال له) أى للمضارب الاول (على أن ما رزق الله تعالى فهو بيننا نصفان فلرب المال النصف وللمضارب الثاني الثلث وللمضارب الاول السدس ، لان الدفع إلى الثاني مضاربة) أي لان دفع الاول إلى الثاني حال كون الدفع مضاربة (قد صح لوجود الامر به) أي بالدفع (من جهة المالك ورب المال شرط لنفسه نصف جميع ما رزق ، فلم يبق للأول) أى للمضارب المال (إلا النصف) بمقتضي الشرط (فينصرف تصرفه إلى نصيبه وقدجعل من ذلك) أى من نصيبه (بقدر ثلث الجميع للثاني فيكون له فلم يبق إلا السدس ويطيب لهما ذلك) أى يطيب للمضارب الاول السدس والثاني الثلث والاول وان لم يعمل بنفسه فقد باشر العقدين . ألا ترى انه لو يضع المال مع غـــيره أو بعضه رب المال حتى ربح كان نصيب المضارب من الربح طيباً وإن لم يعمل بنفسه .

وعلل المصنف بقوله (لأن فعل الثاني واقع للأول كمن استؤجر على خياطة ثوب بدرهم فأستأجرغيرهعليه) أي استأجر غيره عليه على عمل الخياطة (بنصف درهم) فإن النصف الآخر يطيب للمستأجر ، استأجر ، لأن العمل وقع له ،فكذا(وإن كانقالله)أي وإن كان رب المال قال للمضارب (على أن مـا رزقك الله فهو بيننا نصفان) يعني قال ذلك

فللمضارب الثاني الثلث والباقي بين المضارب الأول ورب المال نصفان ، لأنه فوض إليه التصرف وجعل لنفسه نصف ما رزق الأول ، وقد رزق الثلثين فيكون بينهما بخلاف الأول لأنه جعل لنفسه نصف جميع الربح فافترقا . ولو كان قال له فما ربحت من شيء فبيني وبينك نصفان وقد دفع إلى غيره بالنصف فللثاني النصف والباقي بين الأول ورب المال ، لان الاول شرط للثاني نصف الربح وذلك مفوض إليه من جهة رب المال فيستحقه وقد جعل رب المال لنفسه نصف ما ربح الاول ولم يربح إلا النصف فيكون بينهما . ولو كان قال له على أن ما رزق الله تعالى فلي نصفه ، أو قال له فما كان من فضل

بكاف الخطاب ، وكذا الحكم لو قال ما ربحت في هذا من شيء ، أو قال على أن ما كسبت فيه من كسب أو قال على أن ما رزقت من شيء وقال على أن ما صار لك فيه من ربح فهو بيننا نصفان ، أو قال اعمل فيه برأيك (فللمضارب الثاني الثلث والباقي بين المضارب الأول ورب المال نصفان ، لأنه فوض اليه التصرف وجعل لنفسه نصف ما رزق الأول وقد رزق الثلثين فيكون بينهما) أى الثلثان بين رب المال والمضارب الأول ، لأنه شرط نصف ما يحصل وما شرط نصف الجميع (بخلاف الأول) أي الوجه الأول (لأنه) أي لأن رب المال (جعل لنفسه نصف جميع الربح فافترقا) أي الحكمان .

(ولو كان قال له فما ربحت من شيء فبيني وبينك نصفان) هذا من مسائل الجامع الصغير ، وقوله نصفين نصب على الحال ، وكذا الواو للحال في قوله (وقد دفع إلى غيره بالنصف فللثاني النصف والباقي بين الأول ورب المال ، لأن الأول شرط للثاني نصف الربح وذلك مفوض اليه من جهة رب المال فيستحقه ، وقد جعل رب المال لنفسه نصف ما ربح الأول ولم يربح إلا النصف فيكون بينهما) أي بين الأول ورب المال .

(ولو كان قال له على أن ما رزق الله فلي نصفه ، أو قال له فما كان من فضل فبيني

فبيني وبينك نصفان وقد دفع إلى آخر مضاربة بالنصف فلرب المال النصف وللمضارب الثاني النصف ولا شيء للمضارب الاول ، لانه جعـــل لنفسه نصف مطلق الفضل فينصرف شرط الاول النصف للثاني إلى جميـــع نصيبه ، فيكون للثاني بالشرط ويخرج الاول بغير شيء كمن استؤجر ليخيط ثوباً بدرهم فاستأجر غـــيره ليخيطه بمثله . وإن شرط للمضـارب الثاني ثلثي الربح فلرب المـال النصف وللمضـارب الثاني النصف ويضمن المضارب الاول للثاني سـدس الربـح في ماله ، لانـــه شرط للثاني شيئاً هو مستحق لرب المال فلم ينفـــذ في حقه لما فيه من الإبطال لكن التسمية في نفسها صحيحة لكون المسمى معلوماً في عقد يملكه وقد ضمن له السلامة فيلزمه الوفاء به ، ولأنه غره

وبينك نصفان وقد دفع) أي والحال أن الأول قد دفع المال (إلى آخر مضاربة بالنصف فلرب المال النصف وللمضارب الثانى النصف ولا شيء للمضارب الأول ، لأنه جعـــل لنفسه نصف مطلق الفضل فينصرف شرط الأول النصف للثاني إلى جميع نصيبه فيكون للثاني بالشرط ويخرج الأول بغير شيء) لأنه جعل ما كان للثاني (كمن استؤجر) أي رجلاً (ليخيط ثوباً بدرهم فاستأجر) أي المستأجر بفتح الجيم (غيره ليخيط بمثله) أى بدرهم ، فانه لا يبقى له شيء .

(وإن شرط للمضارب الثانى ثلثي الربح فلرب المال النصف وللمضارب الثاني النصف ويضمن المضارب الأول للثاني سدس الربح في ماله) هـــذا لفظ القدوري في مختصره (لأنه) أي لأن المضارب الأول (شرط للثاني شيئاً هو مستحق لرب المال فلم ينفذ في حقه لما فيه من الإبطال) أى ابطال حق رب المـــال (لكن التسمية في نفسها صحيحة لكون المسمى معلوماً في عقد يملكه وقد ضمن له) أي وقد ضمن المضارب الأول للثاني (السلامة فيلزمه الوفاء به) أي بما ضمنه (ولأنه غره) أى ولأن المضارب الأول غر الثاني

في ضمن العقد وهو سبب الرجوع ، فلهذا يرجع عليه ، وهو نظير من استؤجر لخياطة ثوب بدرهم فدفعه إلى من يخيطه بدرهم ونصف .

فصـــل

قـــال وإذا شرط المضارب لرب المال ثلث الربح ولعبد رب المال ثلث الربح على أن يعمل معه ولنفسه ثلث الربح فهو جائز

(في ضمن العقد) حيث شرط له النصف (وهو) أي الغرور في ضمن العقـــد (سبب الرجوع فلهذا يرجع عليه) أي فلأجل ذلك يرجع عليه قيد الغرور في ضمن العقد ، لأن الغرور إذا لم يكن في ضمن العقد لا يكون موجباً للضمان كما لو قال لآخر هـــذا الطريق آمن فاسلكها وهو ليس بآمن فسلكها فقطع عليه الطريق وأخذ ماله فلا ضمان عليـــه (وهو) أي الحكم المذكور في الضمان (نظير من استؤجر لخياطة ثوب بدرهم فدفعه) أي المستأجر بفتح الجيم (إلى من يخيطه بدرهم ونصف) فانه يقوم النصف من عنده ، لأنه غره بالتسمية ، فكذا هذا .

(فصـــل)

الفصل مهما فصل لا ينون ومهما وصل ينون لان الإعراب يكون بعـــد التركيب والتقدير هذا فصل في حكم كذا وكذا ، ولما كان فيه حكم يغاير ما سبق فصله لذلك .

(قال وإذا شرط المضارب لرب المال ثلث الربح ولعبد رب المال ثلث الربح) هـــذا من مسائل الجامع الصغير ، أي وشرط أيضاً لعبد رب المال ثلث الربح (على أن يعمـــل معه) أي مع المضارب وكلمة على يجيء للشرط كما في قوله تعـــالى ﴿ يبايعنك على أن لا يشركن بالله ﴾ ١٢ الممتحنة (ولنفسه ثلث الربح) أي وشرط لنفس المضارب ثلث الربح (فهو جائز) أي هذا الحكم وهذا العقد جائز ، وذلك لان اشتراط العمل عليـــه لا يمنع التخلية التي هي شرط صحة المضاربة ، لان للعبد يداً معتبرة ، ولهذا لم يكن للمولى استرداد وديعة العبد من يد المودع ، وإذا جازت المضاربة ، كان نصيب العبد من الربـــح

لأن للعبد يداً معتبرة خصوصاً إذا كان مأذوناً له ، واشتراط العمل إذن له ،

للمولى إن لم يكن عليه دين ، وإن كان عليه دين فغرماؤه أحق بذلك كسائر أكسابه ، بخلاف شرط العمل على رب المال ، فانه يمنع التخلية فلا تصح المضاربة وقوله لعبد رب المـــال ليس بقيد لان حكم عبد المضارب كذلك ، وكذا لو شرط لاجنبي وكذا كل من لا يقبل شهادة المضارب أو شهادة رب المال له .

وفي الذخيرة إذا شرط في المضاربة بعض الربح لغير المضارب ورب المـال فهو على وجوه الاول إذا شرط ذلك لاجنبي ، وفي هذا الوجه إن شرط عمل الاجنبي فالمضاربة جائزة والشرط باطل وتجعل المشروط للأجنبي كالمسكوت عنه ، فيكون لرب المال.

الثاني : إذا شرط بعض الربح لعبد المضارب أو لعبد رب المال ، قـال شرط على العبد مع ذلك فالشرط جائز والمضاربة جائزة وإن لم يشترط عمل العبد مع ذلك إن لم يكن على العبد دين صح الشرط سواء كان عبد المضارب أو عبد رب المال وإن كان على العبد دين فان كان عبد المضارب فعلى قول أبي حنيفة رضي الله عنه لا يصح الشرط ، ويكون المشروط كالمسكوت عليه ، فيكون لرب المال ، وعندهما يصح الشرط ويجب الوفاء به ، وإن كان عبد رب المال فالمشروط يكون لرب المال بلا خلاف .

والوجه الثالث : إذا شرط بعض الربـــح لمن لا يقبل شهادة المضارب أو شهادة رب المال له نحو الابن والمرأة والمكاتب ومن اشبههم فالجواب فيه كالجواب فيما إذا شرط بعض الربح لاجنبي .

والوجه الرابع : إذا شرط بعض الربح لقضاء دين المضارب أو لقضاء دين رب المـــال فهو جائز ، ويكون المشروط للمشروط له فقضى دينه به ، وقيل قيد بعبد رب المال لأن فيه خلافاً لبعض اصحاب الشافعي وبعض أصحاب أحمد ، وفي غـيره لا خلاف . وعند اكثر أصحاب الشافعي يصح اشتراط العمل على غلام رب المال كقولنا ، وهو قول مالك وظاهر قول أحمد .

(لان للعبد يداً معتبرة خصوصاً إذا كان مأذوناً له واشتراط العمل إذن له) فيتحقق

ولهذا لا يكون للمولى ولاية أخذ ما أودعه العبد وإن كان محجوراً عليه ، ولهذا يجوز بيع المولى عبده المأذون ، وإذا كان كذلك لم يكن مانعاً من التسليم والتخلية بين المال والمضارب ، بخلاف اشتراط العمل على رب المال لانه مانع من التسليم على ما مر . وإذا صحت المضاربة يكون الثلث للمضارب بالشرط والثلثان للمولى ، لان كسب العبد للمولى إذا لم يكن عليه دين ، وإن كان عليه دين فهو للغرماء .

خروج المال من يد رب المال مع اشتراط عمله فصح ، سواء كان عليه دين أو لم يكن لانه في حق المضاربة كعبد أجنبي آخر (ولهذا) أي ولكن يد العبد يداً معتبرة خصوصاً إذا كان مأذوناً له (لا يكون للمولى ولاية أخذ ما أودعه العبد وإن كان محجوراً عليه) أراد لا يجوز استرداد ما أودعه العبد من يد المودع (ولهذا) أي ولعدم ولاية الاخذ للمولى من مودعه (يجوز بيع المولى من عبده المأذون) يعني إذا كان مديوناً وهذا بالإجماع ، اما عند أبي حنيفة رحمه الله فلأن المولى من عبده المأذون اجنبي عن كسبه إذا كان عليه دين ، وأما عندهما فلأن جواز البيع يعتمد الفائدة وقد وجدت على مـــا يجيء في المأذون إن شاء الله تعالى .

(وإذا كان كذلك) يعني إذا كان الحكم ما ذكرنا من كون يد العبد معتبرة وجواز بيع المولى منـــه إذا كان مأذوناً له مديوناً (لم يكن) أي اشتراط ثلث الربح لعبد رب المال مع اشتراط العمل عليه (مانعاً من التسليم والتخلية بين المال والمضارب ، بخلاف اشتراط العمل على رب المال لانه) أي لان الاشتراط على رب المال (مانع من التسليم) والتخلية إذا كان مانعاً فقد بطل (على ما مر) أي عند قوله وشرط العمل على رب المال مفسد للعقد ، لانه يمنع خلوص يد المضارب (وإذا صحت المضاربة) المذكورة (يكون الثلث) أي ثلث الربح (للمضارب بالشرط والثلثان للمولى ، لان كسب العبد للمولى اذا لم يكن عليه دين) لان العبد وما في يده لمولاه .

(وإن كان عليه دين) أي على العبد (فهو للغرماء) لان المولى لا يملك إكساب عبد

هـــذا إذا كان العاقد هو المولى ، ولو عقد العبد المأذون عقد المضاربة مع أجنبي وشرط العمل على المولى لا يصح إن لم يكن عليه دين ، لان هذا اشتراط العمل على المالك ، وإن كان على العبد دين صح عند أبي حنيفة لان المولى بمنزلة الأجنبي عنده على ما عرف .

فصل في العزل والقسمة

قال وإذا مات رب المال والمضارب بطلت المضاربة ، لانه توكيل على ما تقـــدم ،

المديون (هذا) أي الذي ذكرناه من الحكم (إذا كان العاقـد هو المولى . ولو عقد العبد المأذون عقد المضاربة مع اجنبي وشرط العمل على المولى لا يصح إن لم يكن عليـه دين، لان هذا) الشرط (اشتراط العمل على المالك) واشتراط العمل على المالك يفسد المضاربة على ما مر (وان كان على العبد) أي العبد المأذون له المذكور (دين صح) أي اشتراط العمل على المولى (عند أبى حنيفة ، لان المولى بمنزلة الاجنبي عنده) أي عند أبي حنيفة (على ما عرف) أي في كتاب المأذون ، وعندهما لا يصح هذا ، فحينئذ الاشتراط على المولى يفسد ، وبه قالت الائمة الثلاثة .

(فصل في العزل والقسمة)

في بيان أحكام العزل – أي عزل المضارب – وفيه بيان أحكام القسمة ، أى قسمة المضارب قاله السغناقي ، والاولى أن يقال قسمة الربح على ما لا يخفى .

(قال) أي القدوري (وإذا مـــات رب المال والمضارب) أي أو مات المضارب (بطلت المضاربة لانه) أي لان المضاربة وتذكير الضمير إما باعتبار العقد وإما باعتبار المذكور . ولو قال لانها كان اولى (توكيل) أراد أن مبناها على الوكالة ، لان المضاربة عقد على الشركة بمال أحد الجانبين والعمل من الآخر ، فاذا كان مبناهــــا على الوكالة تبطل بموتهما أو موت أحدهما كما في الوكالة (على ما تقدم) في قوله في أول البـــاب وهو

ومـوت الموكل يبطل الوكالة ، وكذا موت الوكيل ولا تورث الوكالة وقـــد مر من قبل . وإن ارتد رب المال عن الإسلام والعياذ بالله ولحق بدار الحرب بطلت المضاربة ، لان اللحوق

وكيل فيه ، لأنه يتصرف فيه بأمر مالكه (وموت الموكل يبطل الوكالة) لأن الوكالةعقد جائز غير لازم ، فكان لبقائه حكم الابتداء فيشترط قيام الأمر في كل ساعة (وكذا) أى تبطل الوكالة (موت الوكيل) لقيامها به ولا نعلم فيه خلافاً (ولا تورث الوكالة) لأنهـا غير لازمة كما ذكرنا فلا ينتقل إلى ورثته (وقد مر) أى حكم بطلان الوكالة بموتهما أوموت أحدهما (من قبل) أى من قبل هذا الباب ، وأراد به باب عزل الوكيل في كتاب الوكالة.

ثم اعلم أن كون المضارب كالوكيل ليس بكلي بل يفترقان في مسائل منها أن الوكيل إذا دفع اليه الثمن قبل الشراء فإنه يرجع به على الموكل ، ثم لو هلك ما أخذه ثانياً لا يرجع به مرة بعد أخرى . وأما المضارب فيرجع به على رب المال مرة بعد أخرى إلى أن يصل الثمن إلى البائع ، وجه الافتراق أن شراء الوكيل يوجب الثمن عليه على البائع ، وله على الموكل بعد الشراء صار مقضياً ما استوجبه ديناً عليه وصار مضموناً عليه بالقبض ، فإذا هلك في ضمانه فلا يرجع ثانياً ، وأما المضارب إذا رجع على المال فما يقبضه يكون امانة في يده ، فإذا هلك كان هلاكه على رب المال فيرجع عليه مرة بعد أخرى ، ولكن لو نظرنا إلى كون المال امانة في أيديهما كان حكمهما واحداًمن هذا الوجه . ومنها أن رب المـــال لو ارتد ولحق بدار الحرب ثم عاد مسلماً فالمضاربة بخلاف الوكيل على ما يجيء عنقريب. ومنها أن المضارب إذا اشترى بمال المضاربة عروضاً ثم عزله رب المال عن المضاربةلايعمل عزله وإن علم به بخلاف الوكيل على ما يجيء .

(وإن ارتد رب المال عن الإسلام والعياذ بالله ولحق بدار الحرب بطلت المضاربة) إذا لم يعد مسلماً . أما إذا عاد مسلماً جاز جميع ما فعـــل من البيع والشراء فكان عقد المضاربة على ما كان ، بخـــلاف الوكالة حيث لا تعود بعود الموكل مسلماً لخروج محل التصرف عن ملكه وفي المضاربة لا يبطل لمكان حق المضارب كما لو مات حقيقة (لأن

بمنزلة الموت . ألا ترى أنه يقسم ماله بين ورثته . وقيل لحوقه يتوقف تصرف مضاربه عند أبي حنيفة « رح » لانه يتصرف لـــه فصار كتصرفه بنفسه . ولو كان المضارب هو المرتد فالمضاربة على حالها ، لان له عبارة صحيحة ولا توقف في ملك رب المال فبقيت المضاربة .

قال فإن عزل رب المال المضارب ولم يعلم بعزله

اللحوق) بدار الحرب (بمنزلة الموت) حكما (ألا ترى) توضيح لكون اللحوق كالموت (انه) أى الشأن (يقسم مـــاله بين ورثته) كما في الموت الحقيقي ويعتق مدبروه وأمهات أولاده .

(وقيل لحوقه) بدار الحرب (يتوقف تصرف مضاربه) أى مضارب رب المـــال الذي ارتد على الاتعاظ بالإسلام أو البطلان بالموت أو القتل (عند أبي حنيفة رضى الله عنه ،لانه)أي لان المضارب (يتصرف له) أي لرب المال (فصار) أي تصرف المضارب (كتصرفه) أي كتصرف رب المال (بنفسه) فلو تصرف رب المال في هـذه الصورة لكان تصرفه موقوفاً عند أبى حنيفة « رح» لارتداده فكذا تصرف نائبه وهو المضارب.

(ولو كان المضارب هو المرتد) بنصب الدال ، لأنه خـــبر كان وهو ضمير الفصل (فالمضاربة على حالها) في قولهم جميعاً ، حتى لو اشترى أو باع وربح أو خسر ثم قتل على ردته أو مات أو لحق بدار الحرب فإن جميع ما فعل من ذلك جائز والربح بينهما على ما اشترطا (لأن له) أي للمضارب (عبارة صحيحة) لكونه عاقــلا بالغاً (ولا توقف في ملك رب المال) لأنه نائب أو متصرف في منافع نفسه ولا حق لورثته في ذلك بخـلاف رب المال لأن التوقف فيه لتعلق حق ورثته بماله أو لتوقف ملكه باعتبار توقف نفيـــه والعهدة في جميع ذلك على رب المال (فبقيت المضاربة) الفاء جواب شرط محــذوف والتقدير وإذا كان كذلك فبقيت المضاربة على حالها .

(قال) أي القدوري (فإن عزل رب المال المضارب ولم يعلم) أى المضارب (بعزله) أي بعزل رب المال إياه فالمصدر مضاف إلى فاعـــله وذكر المفعول مطوى ، ويجوز أن

حتى اشترى وباع فتصرفه جائز لانه وكيل من جهته وعزل الوكيل قصداً يتوقف على علمه. وإن علم بعزله والمال عروض فله أن يبيعها ولا يمنعه العزل من ذلك لان حقه قــد ثبت في الربح ، وإنما يظهر بالقسمة وهي تبتنى على رأس المال ، وإنما ينض بالبيــع . قال ثم لا يجوز أن يشتري بثمنها شيئاً آخر ، لأن العزل إنما لم يعمل ضرورة معرفة رأس المال وقد اندفعت حيث صار

يكون مضافاً إلى مفعوله وطوى ذكر الفــاعل (حتى اشترى) أي المضارب (وباع فتصرفه جائز لأنه) أي لأن المضارب (وكيل من جهته) فلا ينعزل إلا بعلمه لأنه عزل قصدي فيتوقف على العلم ، لأن العزل نهى والأحكام المتعلقـة بالأمر والنهى لا يؤثر فيها النهي إلا بعد العلم دليله أو أمر الشرع ونواهيه ، أشار إلى ذلك بقوله (وعزل الوكيل قصداً) أي عزلاً قصداً ، أو مقصوداً ، أو يكون حالاً أي قاصداً (يتوقف على علمه) أي علم الوكيل لما ذكرنا (وإن علم بعزله والمال) أي والحال أن المال (عروض فله) أى فالمضارب (أن يبيعها ولا يمنعه العزل من ذلك) أي من المبيع عند أكثر أهل العلم فـله أن يبيعها نقداً ونسيئة كما قبل العزل ، حتى لو نهى رب المــال عن البيع نسيئة لا يعمل نهيه ، وكذا لا يصح نهيه عن المسافرة في الروايات المشهورة قبل العزل .

(لأن حقه) أي حق المضارب (قد ثبت في الربح ، وإنما يظهر) أي حقه في الربح (بالقسمة وهي) أي القسمة (تبتنى على رأس المال) بان يكون نقداً (وإنما ينض)أي ينقد (بالبيع) بأن تباع العروض ، حتى يصير أحد النقدين ونض ينض من باب ضرب يضرب من التنصيص وهو خروج الماء عن الحجر أو نحوه قليلا قليلا ، والناض عند أهـل الحجاز الدراهم والدنانير ومادته نون وضاض معجمة.

(قال) أي القدوري (ثم لا يجوز أن يشتري) أي المضارب المعزول (بثمنها) أى بثمن تلك العروض التي نضت (شيئاً آخر ، لأن العزل إنما لم يعمل ضرورة) أي لأجـل ضرورة (معرفة رأس المال) لأجل القسمة (وقد اندفعت) أي الضرورة (حيث صار)

نقداً فيعمل العزل ، وإن عزله ورأس المال دراهم أو دنانير قد نضت لم يجز له أن يتصرف فيها لانه ليس في أعمال عزله إبطال حقه في الربح ، فلا ضرورة . قال رضي الله عنه وهذا الذي ذكره إذا كان من جنس رأس المال ، فإن لم يكن بأن كان دراهم ورأس المال دنانير أو على القلب له أن يبيعها بجنس رأس المال استحساناً ، لان الربح لا يظهر إلا به ، وصار كالعروض . وعلى هذا موت رب المال في بيع العروض

أى رأس المال (نقداً) أى دراهم أو دنانير (فيعمل العزل) بعمله (وإن عزله)أى رب المال المضارب (ورأس المال) أى والحال أن رأس المال (دراهم أو دنانير وقد) أي والحال انها قد (نضت) أي نفذت بأحد النقدين (لم يجز له أن يتصرف فيها) لأنه ليس في أعمال عزله إبطال حقه في الربح فلا ضرورة) في تصحيح تصرفه ، لأنه باعها بكون المال نضاً .

(قال وهذا الذي ذكره) القدوري (إذا كان) أى المال الذي نض (من جنس رأس المال) بأن كان كل منهما دراهم أو دنانير (فإن لم يكن) أى المال الذي نض من جنس رأس المال (بأن كان دراهم ورأس المال دنانير أوعلى القلب) أى أو كان العكس بأن كان دنانير ورأس المال دراهم (له) أى للمضارب (أن يبيعها بجنس رأس المال) قيد به ، لأنه ليس له أن يشتري بما نقد العروض (استحساناً) أى من حيث الاستحسان (لأن الربح لا يظهر إلا به) أن يبيعها بجنس رأس المال ، لأن الواجب عليه رد مثل رأس المال وقال يمكن إلا أن يبيع ما في يده بجنس رأس المال (وصار كالعروض) في حكم جواز البيع وفي القياس لا يجوز لثبوت المجانسة بينهما من حيث الثمنية ، فصار كأن رأس المال قد تعين .

(وعلى هذا) إشارة الى قوله لا يمنعه العزل ، أي على حكم المذكور (موت رب المال) وارتفاع الموت بالابتداء ، وخبره قوله على هذا (في بيع العروض) بأن كان المال عروضا

ونحوها . قال وإذا افترقا وفي المال ديون وقد ربح المضارب فيـــه أجبره الحاكم على اقتضاء الديون ، لانه بمنزلة الأجير والربح كالاجر له . وإن لم يكن له ربح لم يلزمـــه الاقتضاء ، لانه وكيل محض والمتبرع لا يجبر على إيفاء ما تبرع بـــه ويقال له وكل رب المال في الاقتضاء ، لان حقوق العقد ترجع إلى العاقد فلا بد من توكيله وتوكله كيلا يضيع حقه .

ومات رب المال فـلا ينعزل المضارب ، بل يبيعها وينض رأس المال ، وكذا في لحوق رب المال بدار الحرب مرتداً ، لأنه موت حكماً (ونحوها) أي ونحو العروض ، فإن كان رأس المال دراهم وفي يده دنانير أو على العكس .

(قال) أي القدوري (وإذا افترقا وفي المال ديون) أي إذا افـــترق رب المال والمضارب والحال في المال ديوناً والمراد من الافتراق فسخها عقد المضارب (وقد ربح المضارب فيه) أي والحال أنه قد ربح المضارب في المال (أجبره الحاكم على اقتضاء الديون) أي على طلب الديون التي على الناس (لأنه) أى لأن المضارب (بمنزلة الاجـير) حيث جعل له شيء (والربح كالاجر له) لانه استحق الربح بأن اعمله وقد سلم له بدل علمـــه وهو الربح فيجبر على اتمـــام عمله ، ومن إتمامه استيفاء مـــا وجب من الديون على الناس ولا نعلم فيه خلافاً .

(وإن لم يكن له ربح لم يلزمه الاقتضاء) أي طلب الديون التي على الناس وقالت الثلاثة لزمه الاقتضاء لانه بعقد المضاربة التزم رد رأس المال على صفته ، ودليلنا هوقوله (لانه) أي المضارب (وكيل محض) أي خالص (والمتبرع لا يجبر على إيفاء ما تبرع به) بل الواجب رفع يده عن المال فاذا رفع يده فلا يلزمه أكثر منه لانه وكيل محض قبل ظهور الربح (ويقال له) أي للمضارب (وكل رب المال في الاقتضاء ، لان حقوق العقد ترجع إلى العاقد فلا بد من توكيله) أى توكيل المضارب رب المال (وتوكله) أى توكل رب المال (كيلا يضيع حقه) أي حق رب المال لانه لا يمكن المطالبة فيما عقد المضارب

قال في الجامع الصغير يقال له أحل مكان قوله ، وكل المراد منه الوكالة . وعلى هذا سائر الوكالات والبياع والسمسار يجبران على التقاضي ، لانهما يعملان بأجرة عادة .

إلا بالتوكيل فيوكل حفظاً لحقه . وفي بعض النسخ حق لا يضيع حقه .

(وقال في الجامع الصغير يقال له) أي للمضارب (أحل) أي رب المال وهو أمر من أحال يحل من الحوالة (مكان قوله وكل المراد منه) أي من قوله أحل (الوكالة) لانه ليس عليه دليل ، حتى تكون حقيقة الحوالة ، فعلى هذا إطلاق الحوالة على الوكالة يكون استعارة والمجوز اشتمالها على النقد ، هذا لفظ القدوري (وعلى هذا) أى على الحكم المذكور (سائر الوكالات) أراد به كل وكيل بالبيع إذا امتنع من التقاضي لـه يجبر عليه ، ولكن يجبر على ان يحيل رب المال بالثمن على المشترى وكذا المستبضع (والبياع) أى الذي يبيع بالأجر وهو الدلال (والسمسار) بكسر السين هو التوسط بين البائع والمشترى . وفي المبسوط هو من يعمل للغير بالأجر بيعاً أو شراء . قلت فعلى هذا الافتراق بين الدلال والسمسار ، ولكن أهل اللغة فرقوا بينهما بما ذكرنا . قال الأعشى :

فعشنا زماننا وما بيننا رسـ	ول يراجع أخبارها
فأصبحت لا أستطيع الجوا	ب سوى أن أراجع سمسارها

يريد السفير بينهما . وفي العباب وهو لفظ معرب (يجبران على التقاضي لأنهما) أى لأن البياع والسمسار (يعملان بأجرة عادة) فيكون كالإجارة الصحيحة . ولو دفع إلى سمسار دراهم وقال اشتر لي بها رطباً بأحد عشرة دراهم فهذا فاسد ، لأنه استأجر أصلاً مجهولاً ، وكذا لو سمى له عدد الثياب أو استأجر لبيع طعام أو شراب ، والحيلة في جوازه أن يستأجره يوماً إلى الليل باجر معلوم ليبيع له أو يشترى ، لأن العقد يتناول منافعه وهي معلومة ببيان المدة وإن لم يشترط أجراً يكون وكيلاً معيناً له ، فيعوضه بعد الفراغ من العمل مثل الأجر ، لأن جزاء الإحسان أجرة .

قال وما هلك من مال المضاربة فهو من الربح دون رأس المال ، لان الربح تابع وصرف الهلاك إلى ما هو التبع أولى كما يصرف الهلاك إلى العفو في الزكاة ، فإن زاد الهالك على الربح فلا ضمان على المضارب لانه أمين . وإن كانا يقتسمان الربح والمضاربة بحالها ثم هلك المال بعضه أو كله تراد الربح حتى يستوفي رب المال رأس المال ، لان قسمة الربح لا تصح قبل استيفاء رأس المال لانه هو الاصل ، وهذا بناء عليه وتبع له ، فإذا هلك ما في يد المضارب أمانة تبين أن ما استوفياه من رأس المال فيضمن المضارب ما استوفاه ، لانه أخذه

(قال وما هلك من مال المضاربة فهو من الربح دون رأس المال ، لأن الربح تابع وصرف الهلاك إلى ما هو التبع أولى) إنما كان الربح تابعاً لأنه لا يتصور بدون رأس المال وهو متصور بدونه ، فكان أصلاً (كما يصرف الهلاك إلى العفو في الزكاة) عند **أبي حنيفة وأبي يوسف «رح» لان العفو تبع وقد مر بيانه في باب الزكاة(فإن زاد الهالك** على الربح فلا ضمان على المضارب) هذا لفظ القدوري (لأنه أمين) فلا يكون ضميناً لما بينهما من المنافاة (وإن كانا يقتسمان الربح والمضاربة بحالها) يعني لم يفسخاها (ثم هلك المال بعضه) أي بعض المال ، ورفعه على انه بدل البعض من الكل (أو كله) بالرفع أيضاً ، لأنه بدل **الكل** ، أى رب المال والمضارب (تراد الربح حتى يستوفي رب المال رأس ماله) وفي بعض النسخ رأس المال (لأن قسمة الربح لا تصح قبل استيفاء رأس المال لأنه) أى لأن رأس المال (هو الأصل) لتصور بدون الربح (وهذا) أى الربح (بناء) أى مبني (عليه) أى على رأس المال الذي هو الأصل (وتبع له) أى لرأس المال، لأنه زيادة عليه (فإذا هلك ما في يد المضارب أمانة) أى حال كونه امانة غير مضمون (تبين أن ما استوفياه) أى رب المال والمضارب (من رأس المال) خبران (فيضمن المضارب ما استوفاه) أي الذى أخذه (لانه أخذه لنفسه) ولم يكن ذلك حق يصل رب المال إلى

لنفسه وما أخذه رب المـــال محسوب من رأس ماله . وإذا استوفى رأس المال فإن فضل شيء كان بينهما لانه ربح وإن نقص فلا ضمان على المضارب لما بينا . فلو اقتسما الربح وفسخا المضاربة ثم عقداها فهلك المال لم يتراد الربح الأول ، لان المضاربة الأولى قـــد انتهت والثانية عقد جديد فهلاك المال في الثاني لا يوجب انتقاض الأول كما إذا دفع إليه مالاً آخر .

رأس ماله ، وهذا بمنزلة قسمة الوارث التركة مع قيام الدين على الميت ، فلو أن الورثة عزلوا من التركة مقدار الدين وقسموا ما بقى ثم هلك المعزول قبل أن يصل إلى العزل بطلت القسمة ، وعليهم ضمان ما أخذوه من حق الغرماء لان حقهم سابق على حق الورثة في التركة ، فكذلك فيما نحن فيه (وما أخذه رب المال محسوب من رأس ماله) يعني يجعل ذلك من رأس المال .

(وإذا استوفى رأس المال فإن فضل شيء) يعني بعد الاستيفاء (كان) أى الشيء الفاضل (بينهما) أى بين رأس المال والمضارب (لأنه ربح) وقضيته أن يكون مشتركا بينهما (وإن نقص) يعني شيء من رأس المال (فلا ضمان على المضارب لما بينا) أشار به إلى قوله لانه امين (ولو اقتسما الربح وفسخا المضاربة ثم عقداها) ثانياً (فهلك المال لم يتراد الربح الاول ،لان المضاربة الاولى قد انتهت) يعني بقسمة الربح وفسخ المضاربة(والثانية) أى المضاربة الثانية (عقد جديد فهلاك المال في الثاني) أى في العقد الثـــاني (لا يوجب انتقاض الاول) أى الاقتسام الاول (كما لو دفع) وفي بعض النسخ كما إذا دفـــع أى رب المال (اليه) أى إلى المضاربة (مالاً آخر) غير المال الاول فإنه لا يوجب انتقاض الاقتسام الاول .

فصل فيما يفعله المضارب

قال ويجوز للمضارب أن يبيع ويشتري بالنقد والنسيئة ، لأن كل ذلك من صنيع التجارة فينتظمه إطلاق العقد ، إلا إذا باع إلى أجل لا يبيع التجار إليه لأن له الأمر العام المعروف بين الناس ، ولهذا كان له أن يشتري دابة للركوب وليس له أن يشتري سفينة للركوب ،

(فصل فيما يفعله المضارب)

انما فصله لانه يذكر فيه ما لم يذكره في اول المضاربة من أفعال المضارب .

(قال) أي القدوري (ويجوز للمضارب أن يبيع ويشترى بالنقد والنسيئة) أي بالحال والاجل ، وبه قال أحمد في رواية . وقال الشافعي ومالك وأحمد في رواية وابن أبي ليلى لا يجوز بغير الإذن ، لانه ضد مقصود رب المال ، ودليلنا قوله (لان كل ذلك) أى البيع بالنقد والنسيئة (من صنيع التجارة) بضم التاء جمع تاجر ، وجاء بالكسر أيضاً ولكنه بتخفيف الجيم (فينتظمه) أى إذا كان كذلك فينتظم البيع بالنقد والنسيئة دل عليه قوله أن يبيع كما في قوله تعالى ﴿ إعدلوا هو أقرب التقوى ﴾ ٨ المائدة ، أى العدل الذى دل عليه اعدلوا (اطلاق العقد) هو كونه غير مقيد بالنقد .

(إلا) استثناء من قوله ويجوز للمضارب أن يبيع، والاولى أن يكون من قوله فينتظمه إطلاق العقد (إذا باع إلى أجل لا يبيع التجار اليه) أى إلى ذلك الاجل بأن باع إلى عشر سنين ونحوها ، وقوله لا يبيع التجار جملة في محل الجر صفة لقوله إلى أجل فافهم (لان له) أى المضارب (الامر العام) أى الشامل (المعروف) أى المعتاد (بين الناس) أراد به ما هو صنيع التجار والبيع إلى أجل طويل غير معتاد فلا ينتظمه الإذن (ولهذا) توضيح لما ذكره (كان له) أى المضارب (أن يشترى دابة للركوب) بجريان العادة (وليس له أن يشترى سفينة للركوب) لعدم جريان العادة فيه، هذا في المضاربة الخاص بنوع كالطعام مثلا ، أما إذا لم يخص المضاربة بنوع بل دفع المال ولم يسم ما يشتري به

وله أن يستكريها اعتباراً لعادة التجار ، وله أن يأذن لعبد المضاربة في التجارة في الرواية المشهورة لأنه من صنيع التجار . ولو باع بالنقد ثم أخر الثمن جاز بالإجماع ، أمـــا عندهما فلأن الوكيل يملك ذلك فالمضارب أولى ، إلا أن المضارب لا يضمن لان له أن يقايل ثم يبيع نسيئة ولا كذلك الوكيل ، لانه لا يملك ذلك .

فاشترى سفينة أو دابة ليحمل عليها مال المضاربة يجوز للاطلاق (وله) أى للمضارب (أن يستكريها) أى يستكري السفينة (اعتباراً لعادة التجـــار) فانهم يستكرون السفينة لحمل البضائع (وله) أى للمضارب أيضاً (أن يأذن لعبد المضاربة في التجارة في الرواية المشهورة ، لانه من صنيع التجار) احترز بالمشهورة ، عما روى ابن رستم عن محمد أنه لا يملك ذلك باطلاق العقد ، لانه بمنزلة الدفع مضاربة ، والفرق أن المضارب شريك في الربح والمأذون لا يصير شريكاً فيه .

(ولو باع بالنقد) أى المضارب شيئاً (ثم أخر الثمن) أى من الشراء بعيب أوبغيره (جاز بالإجماع) أراد به إجماع أصحابنا (أما عندهما) أى عند أبي حنيفة ومحمـــد رحمهما الله (فلأن الوكيل يملك ذلك) أي الوكيل بالبيع يملك تأخير الثمن عند المشتري (فالمضارب اولى) بالجواز لان ولايته أعم ، لانه شريك في الربح أو بعوضيه أن يصير شريكاً ، فكان أصيلاً من وجه (إلا أن المضارب لا يضمن) هـــذه إشارة إلى الفرق بينهما وهو أن المضارب إذا أخر الثمن لا يضمن لرب المال (لان له) أى للمضارب (أن يقابل) أى البيع (ثم يبيع) أى بعد الاقالة (نسيئة) أى بالدين ، لانه لما كان يملك البيع نسيئة ابتداء فكذلك بواسطة الاقالة .

(ولا كذلك) أى ليس كذا (الوكيل) أي بالبيع (لانه لا يملك ذلك) أى الاقالة والبيع بالنسيئة بعدها . وهاهنا شيئان ، الاول : أن الإشارة إلى الاقالة والبيع الدال عليهما قوله أن يقابل ثم يبيع والثاني : أن تذكير الإشارة باعتبار المذكور .

وأما عند أبي يوسف « رح » فلأنه يملك الإقالة ثم البيع بالنساء بخلاف الوكيل لأنه لا يملك الإقالة. ولو احتال بالثمن على الأيسر والأعسر جاز لأن الحوالة من عادة التجار ، بخلاف الوصي يحتال بمال اليتيم حيث يعتبر فيه الأنظر ، لأن تصرفه مقيد بشرط النظر. والأصل أن ما يفعله المضارب ثلاثة أنواع ، نوع يملكه بمطلق المضاربة وهو ما يكون من باب المضاربة وتوابعها وهو ما ذكرنا ومن جملته التوكيل بالبيع والشراء للحاجة إليه والإرتهان والرهن ، لانه ايفاء واستيفاء ،

(وأما عند أبي يوسف فلأنه) أي فلأن المضارب (يملك الاقالة ثم البيع بالنساء بخلاف الوكيل ، لانه لا يملك الإقالة) فكذا لا يملك تأجيله في الثمن ، فلا يرد الضمان وعدم الضمان على قوله (ولو احتال) أي المضارب إذا قبل الحوالة (بالثمن على الايسر أو الاعسر) أي على رجل أيسر من المشترى أو أعسر منه (جاز) أي الاحتيال ، أي الحوالة وتذكير الفعل باعتباره (لان الحوالة من عادة التجار) لانها متعارفة بينهم وهم محتاجون اليها (بخلاف الوصي يحتال) أي حال كونه يحتال (بمال اليتيم حيث يعتبر فيه) أي في هذا الحكم (الانظر) في حق الصغير (لأن تصرفه مقيد بشرط النظر) ولا نظر في قبول الحوالة على الاعسر والاب كالوصي .

(والأصل) فيما يجوز للمضارب ان يفعله وما لا يجوز (أن ما يفعله) أي (المضارب ثلاثة انواع ، نوع) أي احدهما نوع (يملكه) أي المضارب (بمطلق المضاربة) يعني من غير أن يقول لرب المال إعمل برأيك (وهو) أي هـذا النوع (ما يكون من باب المضاربة وتوابعها) أي توابع المضاربة كالتوكيل بالبيع والشراء والرهن والإرتهان ونحوها على ما يجيء الآن (وهو ما ذكرنا من قبل) أشار به إلى قوله أن يبيع بالنقد والنسيئة والإذن لعبد المضاربة وتأخير الثمن والاحتيال به (ومن جملته أي جملة مايملكه بمطلق العقد (التوكيل بالبيع والشراء للحاجة اليه) أي إلى التوكيل (والرهن والارتهان لانه) أي لان أحدهما وهو الرهن (إيفاء) لما عليه (واستيفاء) أي والآخر وهو

والإجارة والاستئجار والايداع والإبضاع والمسافرة على ما ذكرناه من قبل . ونوع لا يملكه بمطلق العقد ويملكه إذا قيل له اعمل برأيك وهو ما يحتمل أن يلحق به فيلحق عند وجود الدلالة ، وذلك مثل دفع المال مضاربة أو شركة إلى غيره وخلط مال المضاربة بماله أو بمال غيره ، لأن رب المال رضي بشركته لا بشركة غيره وهو أمر عارض

الارتهان استيفاء لحقه (والإجارة والاستئجار والإيداع والابضاع والمسافرة) كلها مرفوع عطفاً على قوله والارتهان (على ما ذكرناه من قبل) إشارة إلى ما ذكر من اول الكتاب بقوله وإذا صحت المضاربة مطلقة جاز للمضارب ان يبيع ويشتري ويوكل ويسافر ويبضع ويودع .

(ونوع) أي الثاني نوع (لا يملكه) أي المضارب (بمطلق العقد) أى عقد المضاربة (ويملكه) أى يملك هذا النوع (إذا قيل له) أى للمضارب بان قال له رب المال (اعمل برأيك) للتفويض العام (وهو) أى هذا النوع (ما يحتمل أن يلحق به) أى النوع الأول (فيلحق) أى النوع الثاني بالأول (عند وجود الدلالة) وهو قوله أعمل برأيك (وذلك) إشارة إلى ما ذكر من قوله وهو ما يحتمل أن يلحق به فيلحق عند وجود الدلالة (مثل دفع المال مضاربة) أى مثل دفع المضارب مال المضاربة إلى غيره مضاربة لوجود الدلالة على أن هذا مثل النوع الأول وهو قوله إعمل برأيك (أو شركة إلى غيره) أى أو مثل دفع مال المضاربة شركة إلى غيره (وخلط مال المضاربة) بجر خلط عطفاً على المال في دفع المال ، أى ومثل خلط المضارب مال المضاربة (بماله) أي بمال نفسه (أو بمال غيره) أى أو خلط بمال غيره .

(لأن رب المال رضي بشركته لا بشركة غيره) هذا تعليل لكون هذا النوع ملحقا بالنوع الأول لا ضمان الإطلاق عند وجود الدلالة (وهو) أي دفع المال مضاربة أو شركة إلى غيره أو خلط مالها بماله أو بمال غيره (أمر عارض) أي أمر زائد على ماتقوم به التجارة

لا يتوقف عليه التجارة فلا يدخل تحت مطلق العقد ولكنه جهة في التثمير فمن هذا الوجه يوافقه فيدخل فيه عند وجود الدلالة . وقوله اعمل برأيك دلالة على ذلك . ونوع لا يملكه لا بمطلق العقد ولا بقوله اعمل برأيك إلا أن ينص عليه رب المال وهو الاستدانة وهو أن يشتري بالدراهم والدنانير بعدما اشترى برأس المال السلعة

(لا يتوقف عليه التجارة) لعدم العرف بذلك بينهم (فلا يدخل تحت مطلق العقد)أي إذا كان كذلك فلا يدخل هذا النوع تحت مطلق العقد ، لأن رب المال لم يرض بذلك (ولكنه) أي ولكن ما ذكر من الأمور (جهة في التثمير) أي وجه وطريق في تثمير المال أي زيادته (فمن هذا الوجه يوافقه) أي فمن جهة تثمير المال فيه يوافق ما ذكر من الأمور عقد المضاربة (فيدخل فيه) أي فيدخل ما ذكر فيه عند المضاربة (عند وجود الدلالة) وهي قوله اعمل برأيك إعمال يقتضي العموم ، أشار اليه بقوله (وقوله إعمل برأيك دلالة على ذلك) أي وقول رب المال في عقد المضاربة للمضارب اعمل برأيك دلالة على دخول ما ذكرت من الأمور في العقد .

(ونوع) أي الثالث نوع (لا يملكه) أي المضارب (لا بمطلق العقد ولا بقول [1] رب المال إعمل برأيك إلا أن ينص عليه رب المال) لأنه ليس من المضاربة ولا يحتمل أن يلحق بها (وهو الاستدانة) أي النوع الثالث الذي لا يملكه ايضاً إلا بالتنصيص عليه هو الأستدانة (وهو أن يشتري) أي الاستدانة أن يشتري وذكر الضمير لتذكير الخبر وهو قوله أن يشتري ، وأن مصدرية والتقدير وهو الشراء (بالدراهم والدنانير بعدما اشترى برأس المال السلعة) يعني اشترى شيئاً بأحد النقدين بالدين بعد أن اشترى برأس المال المتاع .

وفي شرح الطحاوي ولو اشترى سلعة بثمن دين من جنس رأس المال أو من خلافه بعد

---

(١) ولا بقوله — هامش .

وما أشبه ذلك ، لأنه يصير المال زائداً على ما انعقد عليه المضاربة فلا يرضى به ولا يشغل ذمته بالدين . ولو أذن له رب المال بالاستدانة صار المشتري بينهما نصفين بمنزلة شركة الوجوه وأخذ السفاتج

أن يكون مما يجوز عليه عقد المضاربة وليس عند مـــال المضاربة من جنس ذلك الثمن الذي اشترى به فيكون استدانة . ولو اشترى سلعة في حال قيام رأس المال بثمن دين من جنس رأس المال أو من خلافه بعد أن يكون مما يجوز عليه عقد المضاربة جـاز الشراء على المضاربة ولا يكون استدانة . وقال زفر إذا اشترى بخـــلافه يكون استدانة . وفي الإيضاح وإن اشترى سلعة بأكثر من مال المضاربة وهو الألف مثـلاً كانت حصة الألف للمضاربة وما زاد فللمضارب له ربحـــه وعليه وضيعته والمال دين عليه لأن الاستدانة نفذت عليه خاصة .

(ومـــا أشبه ذلك) فإن كان رأس المال ألف درهم فليس له أن يشتري بالمكيل والموزون لأنه اشترى بغير رأس المال فكان هذا استدانة فلا ينفذ على المضاربة ولو كان في يده درهم فاشترى بدنانير نفذ على المضاربة استحساناً لأنهما كالجنس الواحـــد في ثمنيته (لأنه) أي لأن الشأن (يصير المال) أي مـــال المضاربة (زائداً على ما انعقد عليه المضاربة فلا يرضى) أي رب المال (به) أي بذلك الزائد (ولا يشغل ذمته بالدين) أي ولا يرضى أيضاً بشغل ذمة المضارب بالدين .

(ولو أذن له رب المال بالاستدانة صار المشترى) بفتح الراء (بينهما) أي بين رب المال والمضارب (نصفين بمنزلة شركة الوجوه) ولا يكون مضاربة إذ ليس لواحد منهما فيه رأس المال فصار شركة بينهما كشركة الوجوه ، وإنما كان بينهما لأن اطلاق الشركة يقتضي التساوي (وأخذ السفاتج) بالرفع عطف على قوله وهو الاستدانة ، أي النوع الذي لايملك المضارب بدون التنصيص عليه الاستدانة وأخذ السفاتج وهو عبارة عن قرض يستفاد به سقوط خطر الطريق ، وهو جمع سفتجة . قال صاحب المغرب هو بضم السين وفتح التاء وهو تعريب

لأنه نوع من الاستدانة ، وكذا اعطاؤها لأنه إقراض والعتق بمال وبغير المال والكتابة ، لأنه ليس بتجارة والإقراض والهبة والصدقة لأنه تبرع محض . قال ولا يزوج عبداً ولا أمة من مال المضاربة . وعن أبي يوسف « رح » أنه يزوج الأمة لانه من باب الاكتساب ، ألا ترى أنه يستفيد به المهر وسقوط النفقة . ولهما أنه ليس بتجارة والعقد لا يتضمن إلا التوكيل بالتجارة وصار كالكتابة والإعتاق على مال لانه اكتساب

سفته ، وسفته شيء محكم ، وسمي هذا القرض به لإحكام أمره (لأنه نوع من الاستدانة) فلا يملكه المضارب إلا بالتنصيص (وكذا إعطاؤها) أي وكذا من النوع الذي لا يملكه المضارب إعطاء السفاتج (لأنه إقراض) فلا يملكه المضارب لأنه ليس من التجارة (والعتق) بالرفع ايضاً ، وكذا من النوع الذي لا يملكه إلا بالتنصيص عتق العبد من مال المضاربة سواء كان (بمال أو بغير مال) لأنه ليس من التجارة (والكتابة) بالرفع ايضاً (لأنه) أي لأن المذكور من العتق بنوعيه والكتابة (ليس بتجارة) لأن هذه الأشياء تبرعات (والإقراض والهبة والصدقة) كلها بالرفع (لأنه) لأن المذكور وهو الأشياء الثلاثة (تبرع محض) فلا يملكها المضارب إلا بالتنصيص .

(قال) أي القدوري (ولا يزوج عبداً ولا أمة من مال المضاربة) قيد به لأنه يجوز من غيره بلا خلاف (وعن أبي يوسف « رح » انه يزوج الأمة لأنه من باب الاكتساب ألا ترى أنه) أي المضارب (يستفيد به) أي بتزويجها (المهر وسقوط النفقة) أي عن المضارب .

(ولهما) أي ولأبي حنيفة ومحمد « رح » (أنه) أي أن تزويج الأمة (ليس بتجارة والعقد) أي عقد المضاربة (لا يتضمن إلا التوكيل بالتجارة ، وصار) أي تزوج الأمة (كالكتابة والإعتاق على مال فإنه) أي فإن كل واحد من الكتابة والاعتاق على مال

ولكن لما لم يكن بتجارة لا يدخل تحت المضاربة ، فكذا هذا .

قال فإن دفع شيئاً من مال المضاربة إلى رب المـــال بضاعة فاشترى رب المـــال وباع فهو على المضاربة . وقال زفر تفسد المضاربة لان رب المال متصرف في مال نفسه فلا يصلح وكيلاً فيه فيصير مسترداً ، ولهذا لا يصح إذا شرط العمل عليه ابتداء . ولنـا أن التخلية فيه

(اكتساب) حيث يحصل فيه المال (ولكن لما لم يكن تجارة لا يدخـــل تحت المضاربة فكذا هذا) أي تزويج الأمة ، وإن كان فيه مال ولكن ليس بتجارة .

(قال) أي في الجامع الصغير وليس في كثير من النسخ لفظه ، قال بل قوله فإن دفع بألف التفريعية وصورها فيه محل عن يعقوب عن أبي حنيفة « رح » فيمن دفع على آخر الف درهم مضاربة بالنصف فدفع المضارب بعضها الى رب المال بضاعة فباع رب المال بها واشترى ، قال هي على حالها قوله (فإن دفع) أي المضارب (شيئاً من مال المضاربة إلى رب المال بضاعة) أي حال كون الشيء بضاعة ، وها هنا شيئان ، الأول أن قوله شيئاً وإن كان يوهم أن حكم دفع كل المال بضاعة بخلاف ذلك فليس كذلك ، لأن الحكم فيهـا سواء ، نص عليه في الذخيرة والمبسوط . الثاني انه قيد بدفع المضارب لأن رب المـــال لو أخذه من منزل المضارب من غير أمره وباع واشترى إن كان رأس المال بضاعة فهو نقض للمضاربة وإن صار عوضاً لا يصير نقضاً ، لأنه يمكن أن يجعل معيناً لأنه يكون عاملا لغيره (فاشترى رب المال وباع فهو) أي الذى اشترى وباع (على المضاربة) يعني لا يفسد المضاربة بذلك .

(وقال زفر « رح » تفسد المضاربة ، لأن رب المال متصرف في مال نفسه فلا يصلح وكيلا فيه) لأن المرء فيما يعمل في ملكه لا يصلح وكيلا لغيره (فيصير) أي رب المال (مسترداً) لما له وبه تنقض المضاربة (ولهـــذا) توضيح لما قبله (لا يصح) أي عقد المضاربة (إذا شرط العمل عليه) أي على رب المال (ابتداء) أي في ابتداء المضاربة .

(ولنا أن التخلية فيه) أي بين المال وبـــين المضارب (قد تمت) بتسلمه (وصار

قد تمت وصار التصرف حقاً للمضارب فيصلح رب المال وكيلاً عنه في التصرف والابضاع توكيل منه فـــلا يكون استرداداً بخلاف شرط العمل عليه في الابتداء لانه يمنع التخلية . وبخلاف ما إذا دفع المال إلى رب المـــال مضاربة حيث لا يصح ، لان المضاربة ينعقد شركة على مال رب المال وعمل المضارب

التصرف) من رب المال (حقاً للمضارب فيصلح رب المال وكيلا عنه) أى عن المضارب (في التصرف) كما لو وكل اجنبياً (والابضاع) أي ابضاع المضارب رب المال (توكيل منه) أى من المضارب (فـــلا يكون) أى الابضاع (استرداداً) أى لماله لتنقض به المضاربة .

فإن قيل الابضاع هو أن يكون المال للمبضع والعمل من الآخر وليس للمبضع هاهنا مال فكيف يتحقق الابضاع ، قلنا الإبضاع وهو الدفع على وجه الاستعانة ورب المال يصلح معيناً له ، لأن اشفق الناس اليه تصرفاً فيصح الاستعانة به كما يصح من الأجنبي .

فإن قيل الاجنبي عامل في ملك الغير فيصلح معيناً ورب المال يتصرف في ملك نفسه فلا يصلح معيناً ، وهو لو استأجر خياطاً واستعان الأجير بالمستأجر في الخياطة ممـــا يستحق المستأجر الأجر ، لأن عمـــله لا يتحول إلى المستأجر فينبغي أن لا يكون للمضارب من هذا الربح نصيب . قلنا في المضاربة معنى الإجارة والشركة جميعاً ،ومعنى الشركة راجح بل المقصود هو الشركة ، ولهـــذا لو عمل ولم يربح لا يقضي له بشيء وفي الشركة يستحق أحد الشريكين الربح بعمل صاحبه ، وان كان كذلك صح رب المـــال معيناً ، أما في الإجارة يستحق الاجر بالعمل والعمل لا يتحول فافهم .

(بخلاف شرط العمل عليه) أى على رب المال ، وهذا جواب عن قوله وهـــذا لا يصح إذا شرط العمل عليه ابتداء (في الابتداء ، لأنه يمنع التخلية) أى بين المال وبين المضارب (وبخلاف ما إذا دفع) أى المضارب (المال إلى رب المـــال مضاربة حيث لا يصح) أى عقد المضاربة الثانية (لأن المضاربة ينعقد شركة على مال رب المال وعمل

ولا مال ها هنا للمضارب ، فلو جوزناه يؤدي إلى قلب الموضوع ، وإذا لم يصح بقي عمل رب المال بأمر المضارب فلا يبطل به المضاربة الأولى . قال وإذا عمل المضارب في المصر فليست نفقته في المال وإن سافر فطعامه وشرابه وكسوته وركوبه ومعناه شراء وكراء في المال . ووجه الفرق أن النفقة تجب بإزاء الاحتباس كنفقة القاضي ونفقة

المضارب) لأن المضاربة هي عقد على الشركة بمال من أحد الجانبين وعمل من الآخر (ولا مال هاهنا للمضارب) يعني من جانب المضارب (فلو جوزناه) أى عقد المضاربة الثانية (يؤدى إلى قلب الموضوع) أى عكسه وهو تجويز المضاربة بدون المال .

(وإذا لم يصح) أى عقد المضاربة الثانية (بقي عمل رب المال بأمر المضارب فلا يبطل به) أى يدفع المال إلى رب المال في المضاربة الثانية (المضاربة الأولى) كالرهن في يد الراهن بالعارية لا يبطل حق المرتهن . وعند زفر « رح » تنفسخ المضاربة الأولى كما لو دفعه إعانة .

(قال) في الجامع الصغير (وإذا عمل المضارب في المصر فليست نفقته في المال) الاحتباس على ما يجيء (وإن سافر فطعامه وشرابه وكسوته وركوبه) بفتح الراء وهو ما يركب عليه ، قال الله تعالى ﴿ فمنها ركوبهم ﴾ ٧٢ يس (ومعناه) أى معنى ركوبه أى معنى كون ركوبه في المال (شراء وكراء) أى من حيث الشراء ومن حيث الكراء ، أراد أن المضارب في السفر له أن يركب إما بشراء دابة أو بكراء بها (في المال) أى في مال المضاربة وهو ظرف للجميع والشرط أن يكون ذلك كله بالمعروف ، وبه قال مالك وأبو ثور والحسن والنخعي والاوزاعي وإسحاق . وقال الشافعي « رح » فنفقته في مال نفسه في صورة يجوز له السفر بالإذن ، وبه قال ابن سيرين وحماد بن أبي سليمان .

(ووجه الفرق) أى بين ما إذا عمل في المصر حيث لا نفقة له في مال المضاربة وبين ما إذا عمل في السفر حيث يجب فيه (أن النفقة تجب بازاء الاحتباس كنفقة القاضي ونفقة

المرأة والمضارب في المصر ساكن بالسكنى الأصلي . وإذا سافر صار محبوساً بالمضاربة فيستحق النفقة فيه . وهذا بخلاف الأجير لأنه يستحق البدل لا محالة فلا يتضرر بالانفاق من ماله ، أما المضارب فليس له إلا الربح وهو في حيز التردد . فلو أنفق من ماله يتضرر به ، وبخلاف المضاربة الفاسدة لانه أجير ، وبخلاف البضاعة لانه متبرع . قال ولو بقي شيء في يده بعدما قدم مصره رده في المضاربة لانتهاء الاستحقاق .

المرأة) لأن القاضي محبوس لمصالح العامة والمرأة محبوسة في منزل الزوج (والمضارب في المصر ساكن بالسكنى الأصلي) لا المضاربة (وإذا سافر صار محبوساً بالمضاربة) بالعمل للمضاربة (يستحق النفقة فيه) أي في مال الضاربة لأجل الاحتباس (وهذا) أي الحكم (بخلاف الأجير لأنه يستحق البدل لا محالة) لكونه يعمل ببدل فكان البدل واجباً له مطلقاً (فلا يتضرر بالانفاق من ماله) أي من مال نفسه لأنه عامل ببدل مضمون في ذمة المستأجر ، وذلك يصح له بيقين ، بخلاف المضارب فإنه غير مستوجب بدلائل حقه في ربح عسى يحصل وعسى لا يحصل فلا بد أن يجعل له بإزاء ما يحمله من المشقة شيئاً معلوماً ، أشار إلى هذا المعنى بقوله (أما المضارب فليس له إلا الربح وهو في حيز التردد) يعني بين أن يكون وبين أن لا يكون (فلو أنفق من ماله يتضرر به) أي بالانفاق من ماله نفسه كالشريك إذا سافر بمال الشركة فنفقته في ذلك المال روى عن محمد ذلك (وبخلاف المضاربة الفاسدة لأنه أجير) فلا نفقة له (وبخلاف البضاعة لأنه متبرع) أي بالعمل فلا يجب له النفقة .

(قال) لو لم يذكر لفظه قال لكان أصوب ، لان المسألة لم تذكر في الجامع الصغير ولا في القدوري ، ولهذا لم يذكرها في البداية ، وإنما ذكرت المسألة في المبسوط (ولو بقى شيء في يده) أى في يد المضارب (بعدما قدم مصره رده في المضاربة لانتهاء

ولو كان خروجه دون السفر إن كان بحيث يغدو ثم يروح فيبيت بأهله فهو بمنزلة السوقي في المصر . وإن كان لا يبيت بأهله فنفقته في مال المضاربة لان خروجـــه للمضاربة . والنفقة هي ما يصرف إلى الحاجـــة الراتبة وهو ما ذكرنا ، ومن جملة ذلك غسل ثيابه وأجرة أجير يخدمه وعلف دابة يركبها والدهن

الاستحقاق) والحكم ينتهي بانتهاء علته وذلك كالحاج عن الغير إذا بقي معه شيء من النفقة بعد رجوعه يجب عليه رده وكالمولى إذا نقل الأمة المبتدأة للخدمة وبقي شيء معها من النفقة كان للزوج أن يسترد ذلك منها كذا في المبسوط .

(ولو كان خروجه) أي خروج المضارب من بلده (دون السفر) وهو مسيرة ثلاثة أيام (إن كان بحيث يغدو ثم يروح فيبيت بأهله فهو بمنزلة السوقي في المصر) لأن أهـــل السوق يتجرون في المصر ثم يبيتون في منازلهم (وإن كان لا يبيت بأهله فنفقتة في مال المضاربة ، لان خروجه للمضاربة) فصار كالخروج للسفر (والنفقة) أشار به إلى تفسير النفقة الواجبة للمضارب (ما يصرف إلى الحاجة الراتبة) أي الثـابتة اللازمة التي لا بد منها (وهو) أي الذي يصرف إلى الحاجة الراتبة (ما ذكرنا) أراد به ما ذكرناه فيما قبل من طعامه وشرابه وكسوته وركوبه (ومن جملة ذلك) أي من الذي يصرف إلى الحاجة الرتبة (غسل ثيابه) لإنه ضروري ، وكذا أجرة الحمام والحلاق نص عليـــه في الفوائد الظهيرية والقياس يأبى ذلك ، لأنه لا يحتاج اليها في عموم الاوقات ، ولكن هـــذا من صنيع التجار حيث يتنظفون بإزالة الوسخ وقص الشارب وحلق الرأس لتزداد رغبات الناس في المعاملات ، فإن الإنسان إذا كان وسخ الثياب طويل الشعر يعد من المفـــاليس عادة فيقل معاملوه فصارت هذه الاشياء كالنفقة الراتبة ، وكذا ثمـــن الخرص والصابون دون الحجام والفصاد .

(وأجرة أجير يخدمه) أي يخدم المضارب ، لانه ضروري (وعلف دابة يركبهـــا والدهن) بفتح الدال وهو مصدر من دهن يدهن بالفتـــح فيهما ، والمراد استعمال الدهن

في موضع يحتاج إليه عادة كالحجاز، وإنما يطلق في جميع ذلك بالمعروف حتى يضمن الفضل إن جاوزه اعتباراً للمتعارف فيما بين التجار . وأما الدواء ففي ماله في ظاهر الرواية . وعن أبي حنيفة أنه يدخل في النفقة لانه لاصلاح بدنه ولا يتمكن من التجارة إلا به ، فصار كالنفقة وجه الظاهر أن الحاجة إلى النفقة معلومة الوقوع وإلى الدواء بعارض المرض ، ولهذا كانت نفقة المرأة على الزوج ودواءها في مالها .

كالزيت والسيرج ونحوهما (في موضع يحتاج اليه) أي إلى الدهن (عادة كالحجاز) أى كما في ارض الحجاز لانها حارة يحتاج اهلها إلى ترطيب أبدانهم بالدهن (وإنما يطلق) يعني يجوز (في جميع ذلك) من الذي ذكره وجعله من الراتبة (بالمعروف) أى بقدر دفع الضرورة بلا اسراف (حتى يضمن الفضل إن جاوزه) أى المعروف (اعتباراً للمتعارف) أى المعتاد (فيما بين التجار) لان صنيعهم هو الاصل في هذا الباب .

(قال) أى في الجامع الصغير (وأما الدواء) أى ثمنه (ففي ماله) أى في مال المضارب (في ظاهر الرواية) قال الاترازى ليس في ذكره كثير فائدة لوجهين ، لانه رواية الجامع الصغير ، وما ذكر كله ظاهر الرواية ، ولانه ذكر بعد هذا وعن أبي حنيفة « رح » انه يدخل في النفقة فيفهم منه اشارة انه ظاهر الرواية لان حكمة من تستعمله في غير ظاهر الرواية بطريق الالتزام وقيده بظاهر الرواية يدل بالتصريح ، وهذا قدر جليل في الفائدة .

(وعن أبي حنيفة) وهي رواية الحسن عنه (أنه) أى ان ثمن الدواء وتذكير الضمير بهذا الاعتبار وإلا فالدواء مؤنث (يدخل في النفقة لانه لإصلاح بدنه ولا يتمكن من التجارة إلا به) أى باصلاح البدن (فصار كالنفقة) فيجب في مال المضاربة (وجه الظاهر ان الحاجة إلى النفقة معلومة الوقوع والى الدواء) أى وإن الحاجة إلى الدواء (بعارض المرض) فقد يمرض وقد لا يمرض فلم يكن لازماً (ولهذا) أشار به إلى بيان الفرق بين النفقة والدواء (كانت نفقة المرأة على الزوج) لانها معلومة الوقوع (ودواءها في مالها) لانها غير معلومة الوقوع قد يقع وقد لا يقع .

قال وإذا ربح أخذ رب المال ما أنفق من رأس المال ، فإن باع المتاع مرابحة حسب ما أنفق على المتاع من الحملان ونحوه ولا يحتسب ما أنفق على نفسه ، لان العرف جار بإلحاق الأول دون الثاني ، ولان الأول يوجب زيادة في المالية بزيادة القيمة والثاني لا يوجبها . قال فإن كان معه ألف فاشترى بها ثياباً فقصرها أو حملها بمائة من عنده ، وقد قيل له اعمل برأيك فهو متطوع لانه استدانة على رب المال فلا ينتظمه

(قال) أي في الجامع الصغير (وإذا ربح أخذ رب المال ما أنفق من رأس المال) أي الذي أنفق المضارب من رأس المال يرفعه رب المال أولاً ثم يقسم الربح إن بقي لان قسمة الربح إنما شرعت بعد تسليم رأس المال .

(قال) أى في الجامع الصغير (فان باع) أى المضارب (المتاع مرابحة حسب ما أنفق على المتاع من الحملان) بضم الحاء مصدر بمعنى الحمل (ونحوه) كأجر السمسار والقصار والصباغ ، لكن لا يقول اشتريته بكذا تحرزاً عن الكذب ، بل يقول تقوم علي بكذا كما بين في المرابحة (ولا يحتسب ما انفق على نفسه ، لأن العرف جار) بين التجار (بإلحاق الأول) أراد به ما أنفق على المتاع من الحمل ونحوه ، وأراد بالحاقه برأس المال (دون الثاني) اراد به ما انفق على نفسه ، لأن التجار لم يتعارفوا إلحاق ما أنفقوا على انفسهم برأس المال (ولأن الأول) أي الانفاق على المتاع (يوجب زيادة في المالية بزيادة القيمة والثاني لا يوجبها) كالصبغ والقصر ونحوهما ، فإنه يوجب زيادة في غير المتاع ، وكالحمل فانه يوجب زيادة في القيمه ، لأن القيمة تختلف باختلاف الاماكن .

(قال) أى في الجامع الصغير (وإن كان معه) أي مع المضارب (الف فاشترى بها ثياباً فقصرها أو حملها بمائة من عنده) أى من عند المضاربة (قد قيل له اعمل برأيك)أى والحال انه قد قيل للمضارب فان قال له رب المال اعمل برأيك (فهو متطوع) أى المضارب متبرع في المائة (لأنه) أى لأن هذا الصنيع (استدانة على رب المال فلا ينتظمه

هذا المقال على ما مر . وإن صبغها أحمر فهو شريك بمـــا زاد الصبغ فيها ولا يضمن ، لأنه عين مال قائم به حتى إذا بيع كان له حصة الصبغ وحصة الثوب الأبيض على المضاربة ،

هذا المقال) يعني قول رب المال له أعمل برأيك (على ما مر) عند قوله وقوع لا يملكه إلا ان ينص عليه رب المال وهو الاستدانة . وفي المنتقى رجل دفع إلى رجل الف درهم مضاربة فاكترى سفينة بمائة درهم والمال عنده على حاله ثم اشترى بالألف كله طعاماً وحمله في السفينة فهو متطوع في الكراء ، ولو كان اشترى بتسعمائة منهما طعاماً وبقيت في يده مائة فاداها في الكراء لم يكن متطوعاً وباعه مرابحة على الكراء (فان صبغها) أى فإن صبغ المضارب الثياب المذكورة (أحمر) صبغة مصدره محذوف أى صبغاً أحمر (فهو) أي المضارب (شريك) أي لرب المال (بما زاد الصبغ فيها ولا يضمن لأنه) أي لأن الصبغ (عين مال قائم به) أي بالمصبوغ دل عليه قوله فان صبغها ، وكذا الضمير في فيه يرجع إلى المصبوغ وفي الحقيقة يرجع إلى الثياب ولكنه لما ذكره أولناه هكذا (حتى إذا بيع) أى المصبوغ المذكور (كان له) أى للمضارب (حصة الصبغ وحصة الثوب الابيض على المضاربة) حتى إذا كانت قيمة الثوب غير مصبوغ الفاً ومصبوغ ألفاً ومائتين كان الألف للمضاربة ومائتا درهم للمضارب بدل ماله وهو الصبغ .

فإن قلت فما حـــكم سائر الألوان ولم خص الحمرة ، قلت لأن السواد نقصان عند أبي حنيفة ، وأما سائر الألوان فكالحمرة ، ذكره فخر الإسلام في الجامع الصغير وقال في تحرير المحيط إن صبغها المضارب بعصفر أو زعفران أو صبغ آخر يزيد في الثوب ، فان كان رب المال قال له اعمل فيه برأيك كان صاحب الثوب بالخيار ، فان شاء ضمن المضارب قيمة ثوبه أبيض ، وإن شاء أخذ الثياب وأعطاه قيمة ما زاد الصبغ فيـــه يوم الخصومة إلا يوم اتصل بثوبه كما في الغاصب ، وهذا إذا لم يكن في مال المضاربة ، فأما إذا كان فيقدر ما كان حصة المضارب من الثياب لا يضمنه ، فإن لم يفعل رب المال شيئاً من ذلك حتى باع المضارب الثياب جاز بيعه وبرىء من الضمان ولم يكن لرب المال أن يمنعه من البيع

بخلاف القصارة والحمل ، لأنه ليس بعين مال قائم به ، ولهذا إذا فعله الغاصب ضـــاع عمله ولا يضيع إذا صبغ المغصوب ، وإذا صار شريكاً بالصبغ انتظمه قوله اعمل برأيك انتظامه الخلط فلا يضمنه .

وإذا اجاز بيعه فينظر بعد ذلك إن باعها مساومة يقسم الثمن بين رب المال وبين المضارب على قيمة الثياب غير مصبوغة ، وعلى قيمتها المصبوغة فتفاوت ما بينهما يكون قيمة الصبغ حتى انه إذا كان قيمة الثياب غير مصبوغة الفاً وقيمتها مصبوغة ألف ومائتـــان فالألف للمضاربة والمائتان للمضارب بدل صبغه ، وان باعها مرابحة فان هذا الثمن ينقسم على الثمن الذي اشترى المضارب الثياب به وعلى قيمته الذي صبغ المضارب الثياب به .

(بخلاف القصارة) بفتح القاف ، لأن القصارة بالكسر حرفة القصار ، وبالفتح فعله مصدر من قصر الثوب إذا بيضه (والحمل) أي حمل المتاع (لأنه) أى لأن كل واحـد من القصارة والحمل (ليس بعين مال قائم به) أي بالثوب حتى يكون بازائه بعض الثمن فيكون جميع الثمن للمضاربه ، وانما قال ليس بعين مال قائم لأنه في الحمل ظاهر ، وأمـا في القصارة فلا تنفي الثوب ولا تزيد فيه شيئاً ويبقى أبيض على ما كان أصله (ولهـذا) توضيح لما قاله من الفرق (لو فعله الغاصب ضاع عمله) يعني لو قصر الغاصب الثوب الذي غصبه ضاع فعله ، حتى لو أن ردت قيمته للمالك أن يأخذه مجاناً (ولا يضيـع) أى فعل الغاصب (إذا صبغ المغصوب) حتى إذا صبغه أحمر أو أصفر لم يكن للمالك أن يأخـذه مجاناً ، بل يتخير رب المال إن شاء أخذ الثوب وأعطاه قيمة ما زاد الصبغ فيـــه يوم الخصومة لا يوم اتصال ثبوته ، وإن شاء ضمنه جميـع قيمة الثوب أبيض يوم صبغه وترك الثوب عليه .

(وإذا صار) أي المضارب (شريكاً) أى لرب المال (بالصبغ انتظمه) يعني شمله أى المضارب (قوله) أي قول رب المال (اعمل برأيك) يعني أن قوله اعمـــل برأيك يكون متناولاً لصبغه أحمر (انتظامه الخلط) أى كانتظام قوله اعمل برأيك الخلط ، يعني خلط مال المضاربة بمال القسمة وبمال غيره ، وانتصاب الالتزام بنزع الحافظ وهو مصدر مضاف إلى فاعله وهو الضمير الذي يرجع إلى قوله اعمـل برأيك ، وقوله الخلط

فصل آخر

قال فإن كان معه ألف بالنصف فاشترى بها بزاً فباعه بألفين واشترى بالألفين عبداً فلم ينقدهما حتى ضاعا يغرم رب المـــال ألفاً وخمسمائة ويكون ربع العبد للمضارب وثلاثة أرباعه على المضاربة ، قال « رض » هذا الذي ذكره حاصل الجواب لأن الثمن كله على المضارب إذ هو العاقـــد

بالنصب مفعوله (فلا يضمنه) أي إذا كان كذلك فلا يضمن المضارب الثوب الصبغ ، لأن الشركة والخلط بإذن رب المال وبه قال مالك واحمد . وقال الشافعي رحمه الله يضمن ، وإن قال إعمل برأيك ، وإذا لم يقـل له اعمل برأيك يصير غاصباً فيضمن .

(فصل آخر)

لما كانت مسائل هذا الفصل متفرقة ذكرها بفصل على حدة ، ولما لم يكن من أنفس مسائل المضاربة التي لا بد منها للمضاربة أخر ذكرها .

(قال) أي في الجامع الصغير (فان كان معه) أي مـــع المضارب (ألف بالنصف فاشترى بها بزاً) بفتح الباء الموحدة وتشديد الزاي المعجمة قال محمد رحمـه الله في السير الكبير البز عند أهل الكوفة ثياب الكتان والقطن لا الصوف والخز (فباعه) أي البز (بألفين واشترى بالالفين عبداً فلم ينقدهما) أي بالالفين (حتى ضاعا) أي الألفين (يغرم رب المال الفاً وخمسمائة والمضارب خمسمائة ويكون ربع العبد للمضارب وثلاثة ارباعه على المضاربة) لأن المضارب لما باع البز بالفين ظهر الربح بقدر الالف فيملك المضارب نصفه وهو خمسمائة فإذا اشترى بالالفين عبداً صار ربع العبد له وثلاثة ارباعه لرب المال فانهلك الثمن كان ما يخص الربع على المضارب وما يخص ثلاثة ارباع على رب المال .

(قال رضى الله عنه) أي قال المصنف رحمه الله (هذا الذي ذكره) أي محمـــد رحمه الله (حاصل الجواب) أي جواب المسألة (لأن الثمن كله على المضارب إذ هو العاقد)

إلا أن له حق الرجوع على رب المـــال بألف وخمسمائة على ما نبين فيكون عليه في الآخرة . ووجهه أنه لما نض المـــال ظهر الربح وهو خمسمائة ، فإذا اشترى بالألفين عبداً صار مشترياً ربعه لنفسه وثلاثـــة أرباعه للمضاربة على حسب انقسام الألفين ، وإذا ضاعت الألفان وجب عليه الثمن لما بيناه، وله الرجوع بثلاثة أرباع الثمن على رب المال لأنه وكيل من جهة فيه ويخرج نصيب المضارب وهو الربـع من المضاربة، لأنه مضمون عليه ومال المضاربة أمانة وبينهما

فيجب عليه (إلا أن له) أي للمضارب (حق الرجوع على رب المال بألف وخمسمائة على ما تبين) أشار به إلى قوله لانه وكيل من جهته فيه ويأتي ذلك بعد ثلاثة أسطر (فيكون عليه في الآخرة) أى فيكون الثمن كله على المضارب ، لأنه هو العاقد الآخر بفتح الهمزة والحاء والراء أي في الأخير يقال جاء فلان بآخرة أي بآخر .

(ووجهه) أي وجه حاصل الجواب (أنه) أي أن الشأن (لما نض المال) أي نقد (ظهر الربح) أي وللمضارب من الربـح شيء أو نصيب ، ثم فسره بقوله (وهو) أي الذي ظهر للمضارب من الربح (خمسمائة) لأنه ظهر الربح بعد الألف يملك المضارب نصفه وهو خمسمائة (فإذا اشترى بالفين عبداً صار مشترياً ربعه) أي ربع العبد (لنفسه وثلاثة أرباعه للمضاربة على حسب انقسام الألفين) أي على الأرباع الربع للمضارب وثلاثة ارباع لرب المال (وإذا ضاعت الألفان وجب عليه) أى على المضارب (الثمن) أي ثمن العبد (لما بيناه) إشارة إلى قوله لأن الثمن كله على المضارب إذ هو العاقـــد (وله) وللمضارب (الرجوع بثلاثة أرباع الثمن على رب المال لأنه) أي لأن المضارب (وكيـل من جهة) أي من جهة رب المال (فيه) أي في شراء هذا العبد .

(ويخرج نصيب المضارب وهو الربـع من المضاربة لأنه) لأن نصيبه (مضمون عليه) لدخول الربـع في ملكه وضمانه (ومال المضاربة أمانة) أى في يد المضارب (وبينهما)

منافاة ويبقى ثلاثة أرباع العبد على المضاربة لأنه ليس فيه ما ينافي المضاربة ويكون رأس المال ألفين وخمسمائة، لأنه دفعه مرة ألفاً ومرة ألفاً وخمسمائة ولا يبيعه مرابحة إلا على الألفين، لأنه اشتراه بألفين ويظهر ذلك فيما إذا بيع العبد بأربعة آلاف فحصة المضاربة ثلاثة آلاف يرفع رأس المال ويبقى خمسمائة ربحاً بينهما.

قال وإن كان معه ألف فاشترى رب المال عبداً بخمسمائة وباعه إياه بألف فإنه يبيعه

أي بين المضمون والأمانة (منافاة) فلا يجتمعان، وإذا كان كذا يخرج نصيب المضارب وهو الربع عن المضاربة لكونه مضموناً عليه (ويبقى ثلاثة أرباع العبد على المضاربة لأنه ليس فيه) أي في إبقاء ثلاثة الأرباع على المضاربة (ما ينافي المضاربة) لأن ضمان رب المال لا ينافي المضاربة (ويكون رأس المال الفين وخمسمائة لأنه) أي لأن رب المال (دفعه مرة الفاً ومرة الفاً وخمسمائة) فالمجموع الفان وخمسمائة، وبه قال بعض أصحاب الشافعي « رض » وعنهم رأس المال ما دفعه ثانياً وهو الف وخمسمائة، وبه قال مالك وأحمد رحمهما الله.

(ولا يبيعه) أي لا يبيع المضارب العبد المذكور (مرابحة إلا على ألفين، لأنه اشتراه بألفين) لأن عقده دفع على الألفين حتى اشتراه (ويظهر ذلك) إشارة إلى مجموع ما ذكر قبله وهو خروج نصيب المضارب وهو الربع من المضاربة وبقاء ثلاثة أرباع العبد على المضاربة وظهور الربح بعد ذلك على ما شرطا (فيما إذا بيع العبد باربعة آلاف فحصة المضاربة ثلاثة آلاف) لأن ربع الثمن وهو الف المضاربة لأنه بدل ملكه (يرفع رأس المال) وهو ألفان وخمسمائة (ويبقى خمسمائة ربحاً بينهما) أي بين المضارب ورب المال نصفين على ما شرطا.

(قال) أي في الجامع الصغير (وإن كان معه ألف) أي مع المضارب (فاشترى رب المال عبداً بخمسمائة وباعه إياه) أي المضارب (بألف فإنه) أي فإن المضارب (يبيعه)

مرابحة على خمسمائة لأن هـــذا البيـع مقضي بجوازه لتغاير المقاصد دفعاً للحاجة وإن كان بيع ملكه بملكه إلا أن فيه شبهة العدم ، ومبنى المرابحة على الأمانـــة والاحتراز عن شبهة الخيانة فاعتبر أقل الثمنين . ولو اشترى المضارب عبداً بألف وباعه من رب المال بألف ومائتين باعه مرابحة بألف ومائة لأنه اعتبر عدمـــاً في حق نصف الربح وهو نصيب رب المال وقد مر في البيوع .

أي العبد المذكور (مرابحة على خمسمائة ، لأن هذا البيع) أي بيع رب المال للمضارب (مقضي بجوازه) أي محكوم بصحته (لتغاير المقاصد) لأن مقصود رب المال وصوله إلى الألف مع بقاء العقد ، ومقصود المضارب استفادة اليد على العبد (دفعـاً للحاجة) أي لأجل دفع الحاجة (وإن كان) إن هذه واصلة بما قبله ، يعني هذا البيع قضي بجوازه وإن كان (بيع ملكه بملكه) أي بيع ملك رب المال بملكه وذلك لأن المضارب اشتراه لرب المال لأنه وكيله وبيع الإنسان من نفسه باطل ، ولكن لما كان حق المضارب كحق ثالث صح البيع خلافاً لزفر .

(إلا) استثنى من قوله مقضي بجوازه ، وهو معنى بغير أي غير (أن فيه) أي في هذا البيع (شبهة العدم) جواز البيع ، ولهذا أبطله زفر رحمـــه الله فتمكنت شبهة البطلان ، فاعتبر أقل الثمنين في المرابحة على ما يجيء الآن (ومبنى المرابحة على الامانة والاحتراز عن شبهة الخيانة فاعتبر أقل الثمنين) في المرابحة للاحتياط .

(ولو اشترى المضارب عبداً بألف وباعه من رب المال بألف ومائتين باعه مرابحـــة بألف ومائة لأنه) أي لأن البيع (اعتبر عدمـــاً في حق نصف الربح وهو نصيب رب المال) تحريره أن العقدين وقعا لرب المال ولم يقع للمضارب منه إلا قـــدر مائة فوجب اعتبار هذه المائة وفيما وقع رب المال لم يعتبر الربح لاحتمال بطلان العقد الثاني كما قلنا في المسألة الأولى (وقد مر في البيوع) أراد به ما ذكره في باب المرابحة بقوله وإن كان مع

قال فإن كان معه ألف بالنصف فاشترى بها عبداً قيمته ألفان فقتل العبد رجلا خطأ فثلاثة أرباع الفداء على رب المال وربعه على المضارب ، لأن الفداء مؤنة الملك فيتقدر بقدر الملك وقد كان الملك بينهما أرباعاً ، لأنه لما صار المال عيناً واحداً قيمته ألفان ظهر الربح وهو ألف بينهما وألف لرب المال برأس ماله ، لأن قيمته ألفان .

المضارب عشرة بالنصف فاشترى ثوباً بعشرة وباعه من رب المال بخمسة عشر فإنه يبيعه مرابحة باثني عشر ونصف .

(قال) أي في الجامع الصغير (فإن كان معه) أى مع المضارب (ألف بالنصف فاشترى بها عبداً قيمته ألفان فقتل العبد رجلا خطأ) أى قتلا خطأ وهو نصب على الحال ، أي خاطئاً ، وإنما قيد بقوله قيمته ألفان ، لأنه لو كان ألفاً فتدبير جنايته على رب المال بلا خلاف ، لأن رقبته ملكه وإن اختار رب المال الدفع والمضارب الفداء مع ذلك فداء للثلاثة (فثلاثة أرباع الفداء على رب المال وربعه على المضارب ، لأن الفداء مؤنة الملك فيتقدر بقدر الملك ، وقد كان الملك بينهما أرباعاً ، لأنه لما صار المال عيناً واحداً قيمته ألفان ظهر الربح وهو ألف بينهما وألف لرب المال برأس ماله ، لأن قيمته الفان) الأصل في جناية العبد الدفع أو الفداء ، فإن دفع العبد انتهت المضاربة لأنه زال عن ملكها بلا بدل . وفي جامع المحبوبي لا يدفع حتى يحضر رب المال والعامل سواء كان الإرش مثل قيمة العبد أو أقل أو أكثر ، لأن الملك مشترك بينهما كالعبد الرهن إذا جنى خطأ لا يدفع إلا بحضرة الراهن والمرتهن ، ولا يشترط حضورهما للفداء ، لأن كل منهما بملكه ولو فدى المضارب لا يرجع على رب المال ، لأنه أدى دين غيره بغير أمره وهوغير مضطر فيه فكان متبرعاً كالأجنبي .

وقال مالك والشافعي « رح » في قول وأحمد « رح » في رواية إن كانت قيمته اكثر من رأس المال يدفع بلا حضور المضارب ، لأنه لا مالك له بعد ظهور الربح حتى يقتسما

وإذا فديا خرج العبد عن المضاربة . أما نصيب المضاربة فلما بيناه . وأما نصيب رب المال لقضاء القاضي بانقسام الفداء عليهما ، لما انه يتضمن قسمة العبد بينهما والمضاربة تنتهي بالقسمة ، بخلاف ما تقدم لأن جميع الثمن فيه على المضارب وإن كان له حق الرجوع فلا حاجة إلى القسمة ، ولان العبد كالزائل عن ملكهما بالجناية ودفع الفداء كابتداء الشراء فيكون العبد بينهما أرباعاً

في قول ، والفداء ايضاً على رب المال له العامل لعدم ملكه . وقال الشافعي « رح » في قول وأحمد « رح » في رواية يظهر ملك العامل بمجرد ظهور الربح كقولنا فيكون الفداء عليه على قياس هذا القول .

(وإذا فديا) أي رب المال والمضارب (خرج العبد عن المضاربة ، أما نصيب المضارب فلما بيناه) أشار به إلى ما ذكره من قوله ويخرج نصيب المضارب ، وهو الربع في المضاربة لأنه مضمون عليه (اما نصيب رب المال لقضاء القاضى بانقسام الفداء عليهما) أي على رب المال والمضارب (لما انه) أي لأن قضاء القاضي بالانقسام (يتضمن قسمة العبد بينهما) لأن الخطأ بالفداء يوجب سلامة ما فدى للفادى ولا سلامة الا بالقسمة (والمضاربة تنتهي بالقسمة ، بخلاف ما تقدم) أراد به ما إذا ضاع الالفان في اول الفصل حيث لا تنتهى المضاربة هناك ، بل تثبت على ما كانت (لأن جميع الثمن فيه) أي فيما تقدم (على المضارب وان كان له حق الرجوع) أي على رب المال بألف وخمسمائة على ما مر (فلا حاجة إلى القسمة) لعدم أمر يقتضي ذلك .

(ولان العبد كالزائل عن ملكهما بالجناية) لان الموجب الاصلي هو الدفع (ودفع الفداء كابتداء الشراء) أراد باختيارهما الفداء كانهما اشترياه ابتداء يكون الفداء عليهما أرباعاً ربعه على المضارب وثلاثة ارباعه على رب المال ، لان الفـداء مؤنة الملك فيتقدر بقدره ، وقد كان الملك بينهما أرباعاً (فيكون العبد) بعد فدائهما (بينهما ارباعاً

لا على المضاربة يخدم المضارب يوماً ورب المال ثلاثة أيام ، بخلاف ما تقدم . قال وإن كان معه ألف فاشترى بها عبداً فلم ينقدها حتى هلكت الالف يدفع رب المال ذلك ثم وثم ورأس المال جميع ما يدفع إليه رب المال لأن المال أمانة في يده ، والاستيفاء إنما يكون بقبض مضمون وحكم الامانة ينافيه فيرجع مرة بعد أخرى ، بخلاف الوكيل بالشراء إذا كان الثمن مدفوعاً إليه قبل الشراء وهلك

لا على المضاربة) لخروج العبد عن المضاربة (يخدم المضارب يوماً ورب المال ثلاثة أيام) لانه عبد مشترك ارباعاً (بخلاف ما تقدم) أراد به المسألة التي تقدمت في اول الفصل فإن العبد فيها يخدم المضارب يوماً وثلاثة ايام للمضاربة لكون العبد في المضاربة لعدم انتهائها .

(قال) أي في الجامع الصغير (فان كان معه) أي مع المضارب (ألف فاشترى بها عبداً فلم ينقدها) يعني لم يدفع الالف إلى البائع (حتى هلكت) يعني الالف (يدفع رب المال ذلك الثمن ثم وثم رأس المال جميع ما يدفع اليه رب المال) وهو الالفان وكذا لو هلكت الالف الثاني قبل الدفع إلى البائع يدفع رب المال الف أخرى ثم وثم، ويكون بجميع رأس المال (لان المال أمانة في يده) أي في يد المضارب، لان مبنى المضاربة عليها (والاستيفاء إنما يكون بقبض مضمون) أي استيفاء الحق يكون بقبض مضمون فلوحل بقبض المضارب على الاستيفاء لصار ضامناً وهو أمين (وحكم الامانة ينافيه) أي ينافي الضمان دل عليه قوله بقبض مضمون ، فإذا كان كذلك فحمل قبضه ثانياً وثالثاً إلى غير النهاية على جهة الامانة دون الاستيفاء ، وإذا هلك كان الهلاك على رب المال (فيرجع مرة بعد أخرى)أي إذا كان قبضه امانة يرجع على رب المال مرة بعد اخرى حيث ما وجد هلاك المال.

(بخلاف الوكيل بالشراء) بشراء عبد بعينه (إذا كان الثمن مدفوعاً إليه قبل الشراء) أى بأن أعطاه الموكل الفاً وقال له اشتر لي عبداً بعينه (وهلك) أي الثمن وهو ألف مثلا

بعد الشراء حيث لا يرجع إلا مرة ، لانه أمكن جعله مستوفياً ، لان الوكالة تجامع الضمان كالغاصب إذا توكل ببيع المغصوب ثم في الوكالة في هذه الصورة يرجع مرة وفيما إذا اشترى ثم دفع الموكل إليه المال فهلك لا يرجع لانه ثبت له حق الرجوع بنفس الشراء فجعل مستوفياً بالقبض بعده ،

(بعد الشراء) قبل أن ينقده إلى البائع (حيث لا يرجع) أي على موكله (إلا مرة) واحدة (لأنه) أي لأن الشأن (أمكن جعله) أي جعل ما قبضه الوكيل (مستوفياً،لأن الوكالة تجامع الضمان) على ما نبين الآن ، بخلاف المضاربة ، فإن مبناهـــا على الأمانة (كالغاصب اذا توكل ببيع المغصوب) حيث جازت الوكالة،فإذا هلك العبد في يد الغاصب بعدما صار وكيلاً ضمن،لأنه لم يخرج عن الضمان بمجرد الوكالة (ثم في الوكالة في هذه الصورة) أشار به إلى صورة الوكيل بشراء عبد بعينه ودفع إليه الثمن وهلك قبل الدفع إلى البائع (يرجع مرة) يعني يرجع الوكيل على موكله مرة واحدة فيما إذا هلك الثمن بعد القبض من الموكل قبل الدفع إلى البائع ، تحريره أن الوكيل إذا اشترى العبد بألف وجب للبائـــع على الوكيل الثمن ، ووجب للوكيل على الموكل مثله .

فإن كان الموكل قد دفع إليه الثمن أولاً ثم هلك الثمن قبل الشراء ، أي وقبل الدفـع إلى البائع يرجع الوكيل على موكله بالثمن ، لأن المدفوع إليه قبل الشراء أمانة في يده ولم يوجد بعد الشراء ما يوجب أن يكون مضموناً ، فلم يصر مستوفياً ، فإذا هلك يرجع عليه مرة ثم لا يرجع لو وقع الاستيفاء ، وإن كان قد اشترى ثم دفع إليه الثمن ثم هلك قبل أن يدفعه إلى البائع لا يرجع ، لأن قبضه كان على جهة الاستيفاء لا على جهة الأمانة .

فإذا استوفاه مرة لم يبق الحق أصلاً ، أشار إلى ذلك بقوله (وفيما إذا اشترى) أي الوكيل (ثم دفع الموكل إليه المال فهلك) أي عند الوكيل (لا يرجع) أي الوكيل على الموكل (لأنه) أى لأن الشأن (ثبت له) أي للوكيـــل (حق الرجوع) أي على الموكل (بنفس الشراء فجعل) أى الوكيل (مستوفياً بالقبض بعده) أي بقبض الثمن بعد الشراء .

أما المدفوع إليه قبل الشراء أمانة في يـــده وهو قائم على الامانة بعده فلم يصر مستوفياً ، فإذا هلك يرجع عليه مرة ثم لا يرجع لوقوع الاستيفاء على ما مر .

فصل في الاختلاف

قال وإذا كان مع المضارب ألفان فقال دفعت إلي ألفاً وربحت ألفاً . وقال رب المال لا بل دفعت إليك ألفين فالقول قول المضارب ،

(أما المدفوع إليه) أى إلى الوكيل (قبل الشراء أمانة في يده وهو) أي الوكيل (قائم على الأمانة بعده) أي بعد الشراء (فلم يصر مستوفياً) لكون قبضه قبض أمانة في هذه الصورة (فإذا هلك) أى المدفوع إليه (يرجع عليه مرة) أى يرجع الوكيل على موكله مرة واحدة (ثم لا يرجع) بعد ذلك أصلاً عند الهلاك (لوقوع الاستيفاء على مـــا مر) أشار به إلى ما ذكره من قوله لأنه يثبت له حق الرجوع بنفس الشراء فجعل مستوفياً بالقبض بعده ، وذكر الإمام المحبوبي هنا فرقاً آخر ، وهو أن الوكيل لما اشترى فقـــد انعزل عن الوكالة فله أن يرجع على الموكل بعد، وأما المضارب فلا ينعزل بالشراء ويتصرف في كل مرة قل هذا من المواضع التي يفارق فيها المضارب الوكيل على ما ذكرنا في اوائل فصل العزل .

(فصل في الاختلاف)

أي في بيان احكام اختلاف رب المال والمضارب ، ولما كان الإتفاق أصلا والاختلاف عارضاً أخره عن الأصل .

(قال) أى في الجامع الصغير (فإن كان مع المضارب ألفـــان فقال) أى المضارب (دفعت) بفتح التاء لأنه خطاب لرب المال بقوله أنت دفعت (إلي الفاً وربحت ألفاً. وقال رب المال لا) أي ليس الأمر كما ذكرت (بل دفعت إليك الفين) مضاربة (فالقول قول

وكان أبو حنيفة يقول أولاً القول قول رب المال وهو قول زفر «رح» ، لان المضارب يدعي عليه الشركة في الربح وهو ينكر ، والقول قول المنكر ثم رجع إلى ما ذكره في الكتاب،لان الاختلاف في الحقيقة في مقدار المقبوض ، وفي مثله القول قول القابض ضميناً كان أو أميناً لانه أعرف بمقدار المقبوض. ولو اختلفا مع ذلك في مقدار الربح فالقول فيه لرب المال ،

المضارب ، وكان أبو حنيفة رضي الله عنه يقول أولاً القول قول رب المال وهو قول زفر « رح » لأن المضارب يدعى عليه الشركة في الربح وهو) أي رب المال (ينكر،والقول قول المنكر ثم رجع) أى أبو حنيفة رحمه الله (إلى ما ذكره في الكتاب) أراد به الجامع الصغير (لأن الاختلاف في الحقيقة في مقدار المقبوض) قيد به ، لأن الاختلاف إذا كان في الصفة فالقول لرب المال على ما يجيء (وفي مثله) أى وفي مثل الاختلاف في مقدار المقبوض (القول قول القابض ضميناً كان) أى القابض كالغاصب (أو أميناً) أي أو كان أميناً كالمودع . وقال ابن المنذر أجمع كل من يحفظ عنه من أهل العلم أن القول للعامل . وعن الشافعي « رح » في وجه إذا كان في المال ربح تحالفا والأصح هو الأول .

(لأنه) أى لأن القابض (أعرف بمقدار المقبوض) لأنه فعل نفسه ، فإذا كان القول قول الضمين في ذلك فالامين بطريق الأولى ، ألا ترى انه لو أنكر أصل القبض كان القول له ، فكذا إذا أنكر قبض بعضه ، كذا في الإيضاح .

(ولو اختلفا) أى رب المال والمضارب ، ذكر هذا تفريعاً على ما تقدم (مع ذلك) أى مع اختلافهما في المقبوض (في مقدار الربح) المجرور يتعلق باختلاف في صورته .قال رب المال رأس المال ألفان ، وشرطت لك ثلث الربح ، وقال المضارب رأس المال ألف وشرطت لي نصف الربح (فالقول فيه) أي في الربح (لرب المال) وفي القدر للمضارب وعليه نص أحمد وقول مالك وأبي ثور وابن المنذر . وقال الشافعي يتحالفان كالمتبايعين . قلنا اليمين على المنكر بالحديث والمضارب يستحق ما يستحق بالشرط ، فكان مدعياً

لان الربح يستحق بالشرط وهو يستفاد من جهته ، وأيهما أقـــام البينة على ما ادعى من فضل قبلت ، لأن البينات للاثبات . قال ومن كان معه ألف درهم فقال هي مضاربـة لفلان بالنصف وقـــد ربح ألفاً ، وقال فلان هي بضاعة فالقول قول رب المال ، لأن المضارب يدعي عليه تقويم عمله أو شرطاً من جهتـــه أو يدعي الشركة وهو ينكر . ولو قال المضارب أقرضتني وقال رب المال هي بضاعة أو وديعة أو مضاربة فالقول لرب المال والبينة بينـــة المضارب ، لأن المضارب يدعي عليه التملك وهو ينكر .

للشرط ، بخلاف المتبايعين ، لأن كل واحد مدع ومنكر (لأن الربح يستحق بالشرط وهو يستفاد من جهته) أي من جهة رب المال ، لأنه يعلم بشرطه وهو منكر للشرط .

(وأيهما أقام البينة على ما ادعى من فضل قبلت ، لأن البينات للإثبات) أمـــا رب المال فانه يدعى فضلا في رأس ماله فتقبل بينته فيه ، وأما المضارب فلأنه يدعي فضلا في الربح ، فكذا تقبل بينته .

(قال ومن كان معـــه ألف درهم فقال هي مضاربة لفلان بالنصف وقد ربح ألفاً ، وقال فلان هي بضاعة فالقول قول رب المـــال) هذه من مسائل الجامع الصغير ، وإنمـــا يكون القول قول رب المال (لأن المضارب يدعي عليه تقويم عمله أو شرطاً من جهتـــه) أي أو يدعي شرطاً من جهة رب المال (أو يدعي) المضارب (الشركة) أي في مـــاله (وهو) أي رب المال (ينكر) والقول قول المنكر .

(ولو قال المضارب أقرضتني) هذا المال (وقال رب المال هي بضاعة أو وديعـــة أو مضاربة فالقول لرب المال والبينة بينة المضارب ، لأن المضارب يدعي عليه التملك) من جهته (وهو) أي رب المال (ينكر) والقول قول المنكر ، بخلاف ما لو ادعى رب المال القرض والمضارب يدعي المضاربة حيث تكون البينة بينة رب المال والقول للمضارب

ولو ادعى رب المـــال المضاربة في نوع وقال الآخر ما سميت لي تجارة بعينها فالقول للمضارب ، لأن الأصل فيه العموم والإطلاق والتخصيص يعارض الشرط بخلاف الوكالة ، لأن الأصل فيـــه الخصوص . ولو ادعى كل واحد منهما نوعاً فالقول لرب المال ، لأنهما اتفقا على التخصيص والإذن يستفاد من جهته فيكون القول له . ولو أقاما البينة فالبينة بينة المضارب لحاجته الى نفي الضمان

لأنهما اتفقا أن الأخذ كان بإذنه ورب المال يدعي ضماناً والمضارب ينكر فالقول له والبينة للمدعي ، ذكره في الإيضاح .

(ولو ادعى رب المال المضاربة في نوع وقال الآخر ما سميت لي تجارة بعينها فالقول للمضارب) في دعوى العموم مع يمينه (لأن الأصل فيه) أي في باب المضاربة (العموم والإطلاق) فيكون القول لمن يتمسك بالاصل ، وبه قالت الثلاثة . وقـال زفر « رح » القول لرب المال ، لأن الإذن يستفاد من جهته (والتخصيص يعارض الشرط) أي تخصيص المضاربة بنوع يعارض الشرط من جهة رب المال وإلا فالأصل التعميم كما ذكرنا وهـذا لو قال خذ هذا المال مضاربة بالنصف يصح ويملك جميع انواع التجارات ، فلو لم يكن العقد للعموم لم يصح العقد إلا بالتنصيص كما في الوكالة (بخلاف الوكالة، لأن الأصل فيه الخصوص) ولا يثبت فيه العموم إلا بالتنصيص ، وإنما ذكر الضمير في فيه مع انه راجـع إلى الوكالة إما باعتبار التوكيل وإما باعتبار حذف المضاف ، أي لأن الاصل في باب الوكالة .

(ولو ادعى كل واحد منهما نوعاً) بأن قال رب المال في البر وقال المضارب في الطعام (فالقول لرب المال ، لانهما اتفقا على التخصيص) لان كلا منهما يدعي خصوصية نوع ، ولكن اعتبار قول من يستفاد الإذن من جهته أحق ، أشار إليه بقوله (والإذن يستفادمن جهته) أي من جهة رب المال (فيكون القول له، ولو أقاما البينة فالبينة بينة المضارب) يعني إذا أقام البينة كانت بينة المضارب أولى (لحاجته) أي لحاجة المضارب (إلى نفي الضمان) عن نفسه (وعدم حاجة الآخر) أي ولعدم حاجة الآخر وهو رب المال (إلى البينة) لعدم الضمان من جهته .

وعدم حاجة الآخر إلى البينة . ولو وقتت البينتان وقتاً فصاحب الوقت الأخير أولى ، لأن آخر الشرطين ينقض الأول .

قال السغناقي في هذا مما يتأمل في صحته ، وإن كانت رواية الإيضاح تساعد ، لان رب المال يحتاج إيضاً إلى اثبات ما ادعاه ، بل بينة رب المال أولى بالقبول لاثباتها أمراً عارضاً وهو الضمان وشرعية البينات لاثبات الامر العارض غير الظاهر ، كما في بينة الخارج مع بينة ذي اليد ، وجعل صاحب الذخيرة بينهما في دعوى الخصوص والعموم واحداً، وقال لان العمل فيهما ممكن بأن يجعل كأنه أذن له بالعموم اولاً ، ثم نهاه عنه واذنه بالخصوص أو اذن له بالخصوص أولاً ، ثم أذن له بالعموم ، فإن لم توقت البينات وقتاً على الشراء أو وقت احداهما دون الاخر بينة رب المال لتعذر العمل بهما ليعمل ببينة رب المال ، لانه يثبت ما ليس بثابت فافهم .

(ولو وقتت البينتان وقتاً) بأن قال رب المال دفعته في البر في رمضان. وقال العامل في الطعام في شوال (فصاحب الوقت الاخير اولى ، لان آخر الشرطين ينقض الاول) أي يفسخه ، فكان الرجوع اليه اولى .

فروع . نفقة عبد المضاربة في مال المضاربة وجعله إذا أبق على رب المال ظهر ربح أو لا بلا خلاف دفع إليه العين . وقال أضف من عندك الفاً أخرى يكون ألفان منهما شركة والألف مضاربة بالنصف جاز ، خلافاً لبعض المالكية ، ويجوز ان يكون الرجل عاملا في المضاربة لرجل ثم يضاربه آخر . وقال أحمد « رح » لا يجوز إذا كان فيه ضرر على الأول دفع الفاً على أن له نصف ربحهما جاز بلا خلاف.ولو قال على أن لي ربح نصفها جاز أيضاً عندنا وعند أبي ثور ، خلافاً للأئمة الثلاثة ، ولو اشترى العامل بالألف أمة أو غنماً أو بقراً أو مكيلا أو موزوناً يساوي ألفين زكى حظه لظهور الربح ، وبه قال الشافعي « رح » في قول وأحمد « رح » في رواية . وقال مالك « رح » وللشافعي «رح» في قول وأحمد « رح » في رواية لا يزكى لعدم ملكه الربح قبل القسمة ، ولو اشترى أمتين أو غنماً أو بقراً أو براً أو شعيراً لا يزكى لاختلاف الجنس ، فلا يظهر الربح ولا يكاتب المضارب قبل ظهور الربح بلا خلاف وبعد يفقد في حصته ولرب المال فسخها دفعاً للضرر عن نفسه ، وعند الأئمة الثلاثه لا يجوز قبل ظهور الربح والله أعلم بالصواب .

كتاب الوديعة

قال الوديعة أمانة في يد المودع إذا هلكت لم يضمنها

(كتاب الوديعة)

ذكرها عقيب كتاب المضاربة ، لأن مبناهما على الأمـانة وهي فعيلة بمعنى مفعولة من الودع وهو الترك ، وشرعاً هي تسليط الغير على حفظ المال أي مال كان يشترط أن يكون قابلا لاثبات اليد عليه ، حتى لو أودع الآبق أو الساقط في البحر أو الطير في الهواء لا يصح . وركنها الإيجاب والقبول ، فإذا وضع عند آخر ثوباً مثـلا ولم يقل شيئاً فذهب وذهب الآخر وضاع يضمن ، لأن هذا إيداع عرفاً ، وكذا لو قال هذا وديعة عندك بخـلاف ما إذا قال الجالس لا أقبل فذهب وضاع حيث لا يضمن لأنه صرح بالرد . ولو ألقاه الريح في بيته كان قابلا بالسكوت ، فإذا ضاع يضمنه . وكذا لو قال لصاحب المـال أين أضع ثيابي فقال ثمة فوضعه فسرق يضمن .

(قال) أي القدوري (الوديعة امانة في يد المودع) بفتح الدال ، ويقال للمـال أيضاً مودع بالفتح كما يقال وديعة . وما قيل أن الوديعة والامانة لفظان مترادفان فلا يرتفعان على الابتداء والخبريه إلا بطريق التفسير ، كما يقال الليث أسد والحبس منع ، وليس المراد هنا التفسير ، فجوابه أن هذا من باب الإخبار بالعام عن الخاص وهو جائز إلا أن الأمانة أعم من الوديعة . وقال السغناقي « رح » الأولى أن يقال أن لفظ الأمانة صار علماً لما هو غير مضمون ، فكان معنى قوله أمانة غير مضمون عليه ، وتبعه على ذلك الكاكي «رح» وفيه ما فيه لأن العلم ما وضع لشيء بعينه وغير مضمون ليس كذلك ، وليت شعري انى علم هذا من أقسام الاعلام (إذا هلكت لم يضمنها) لأن المودع متـبرع والتبرع لا يوجب ضمان حتى لو سرقت عنده ولم يسرق معها ماله لم يضمن عند أكثر أهل العلم إلا عند مالك « رح » فإنه يضمن للتهمة إذا لم يسرق معه مال له .

لقوله عليه السلام ليس على المستعير غير المغل ضمان ، ولا على المستودع غير المغل ضمان . ولأن بالناس حاجة إلى الاستيداع

(لقوله عليه السلام ليس على المستعير غير المغل ضمان ، ولا على المستودع غير المغل ضمان) أخرجه الدارقطني ثم البيهقي في سننهما عن عمرو بن عبد الجبار عن عبيدة بن حسان عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده عن النبي ﷺ واكن يتقدم المستودع على المستعير .

فإن قلت هذا الحديث ضعيف ، لأن الدارقطني قال عمر وعبيدة ضعيفان ، وإنما يروى هذا عن قول شريح غير مرفوع ، ثم أخرجه من قول شريح ، ورواه عبدالرزاق في مصنفه من قول شريح . وقال ابن حبان في كتاب الضعفاء عبيدة يروى الموضوعات عن الثقات . قلت قول الدارقطني عمر وعبيدة ضعيفان جرح مبهم فلا يقبل . أما عمر بن عبد الجبار فهو ابن أخ عبيدة لم يعقبه أحد فيما نعلم ، غير أن ابن علي ذكره ولم يزد على قوله له مناكير . وأما عبيدة فهو بفتح العين وكسر الباب الموحدة ابن حسان البخاري وذكره البخاري في تاريخه ولم يذكر فيه جرحاً ، ويؤيده ما رواه ابن ماجة عن المثنى بن الصباح عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده عن النبي ﷺ قال من أودع وديعة فلا ضمان عليه .

ورواه ابن حبان من حديث لهيعة عن عمرو بن شعيب لا به ، وأعله بابن لهيعة هو عبدالله بن لهيعة المصري وثقه احمد واثنى عليه ، والعجب من شراح الهداية كيف سكتوا عن بيان حال هذا الحديث ولا سيما الأترازي الذي يدعي بدعاوى عريضة في الحديث ، ولم يزد في شرحه على قوله فيه نظر ، لأن أبا عبيدة جعله من كلام شريح في غريب الحديث وكذلك الزيلعي الذي أخرج أحاديث الهداية حيث نسب هذا الحديث إلى مخرجه وذكر ما قالوا فيه من الطعن وسكت ، قوله غير المغل من الاغلال بالغين المعجمة وهو الخيانة والمعنى غير الخائن ، وكذلك الغلول الخيانة ولكنه يستعمل في الغنم والإغلال عام .

(ولأن بالناس حاجة إلى الاستيداع) وهو طلب ترك الوديعة عند غيره يقال أودعت فلاناً مالاً واستودعته إياه إذا لم يدفعه إليه ليكون عنده فأنت مودع ومستودع بكسر

فلو ضمناه يمتنع الناس عن قبول الودائع فتتعطل مصالحهم . قال وللمودع أن يحفظها بنفسه وبمن هو في عياله

الدال فيها ، وزيد مودع ومستودع بفتح الدال فيها (فلو ضمناه) أي المودع بفتح الدال (يمتنع الناس عن قبول الودائع فتتعطل مصالحهم) لان كل واحد يمتنع عن قولها فلا ضمناه، أي المودع بفتح يمتنع الناس عن قبول الودائع فتتعطل مصالحهم لان كل واحد يمتنع عن قبولها خوفاً من الضمان ، والناس محتاجون إلى ذلك فيؤدي إلى ضرر بهم .

(قال) أي القدوري (وللمودع أن يحفظها بنفسه وبمن هو في عياله) نحو زوجه وولده ووالديه وأجيره الخاص وهو الاجير مشاهرة أو مشابهة ، وعبده وأمته ، وبه قال مالك وأحمد « رح » ، وقال الشافعي واشهب المالكي « رح » يضمن بالدفع المبهم . وفي الكافي العبرة في هذا الباب للمساكنة لا للنفقة ، حتى لو اودعت المرأة وديعتها إلى زوجها لا تضمن ، وإن لم يكن الزوج في نفقتها والابن الكبير إذا كان يسكن مع المودع ولم يلزمه نفقته فخرج وترك المنزل على الابن لا يضمن الوديعة ولم يشترط في التحفة الحفظ بالعيال ، بل قال يحفظه على الوجه الذي يحفظ مال نفسه بحرزه من كان ماله في يده ، ثم قال يعني به الأجير مشاهرة بنفقته وكسوته والعبد المأذون الذي في يده مال والشريك المفاوض والعنان وإن لم يكونوا في عياله .

وفي الذخيرة الدفع إلى العيال إنما يجوز إذا كان في عياله أميناً وإلا فلا يجوز . وفي فتاوى أبي الليث رجل غاب وخلف امرأته في منزله الذي فيه ودائع الناس ثم رجع وطلب الوديعة فلم يجدها فإن كانت المرأة أمينة فلا ضمان على الزوج ، وإن كانت غير أمينة وعلم الزوج بذلك ومع هذا ترك الوديعة معها فهو ضامن ، وذكر أبو الليث أيضاً في خزانة الفقه لا ضمان على المودع إلا في ثلاثة اشياء التقصير في حفظها وخلطها بماله ومنعها عن مالكها بعد الطلب ثم قال فيها أربعة نفر يجوز للمودع دفع الوديعة اليهم ولا يضمن عند تلفها الزوجة والولد والمملوك والأجير ، ثم قال فيها شيئان لا يوجبان الضمان مع الخلاف إذا قال لا تدفع إلى زوجتك فدفع إليها وقال احفظها في هذا البيت فحفظها في بيت آخر في تلك الدار ، وقال في آخر شرحه الجامع الكبير المودع أو دفع الوديعة الى عامله يعني إلى الذي المودع في عياله لم يضمن . وقال الإمام الزاهد العتابي هذه الرواية

لأن الظاهر أنه يلتزم حفظ مال غيره على الوجه الذي يحفظ مـــال نفسه ، ولأنه لا يجد بداً من الدفع إلى عياله لأنه لا يمكنه ملازمة بيته ، ولاستصحاب الوديعة في خروجه فكان المالك راضياً به .

فإن حفظها بغيرهم أو أودعها غيرهم ضمن ، لأن المالك رضي بيـــده لا بيد غيره ، والأيدي

لم توجد إلا في هذا الكتاب يعني في الجامع الكبير .

(لأن الظاهر أنه يلتزم حفظ مال غيره على الوجه الذي يحفظ مال نفسه وانه لا يجد بداً) أي فواقاً ، وهو اسم من بده بدأ إذا فوقه والمصدر بفتح البـاء ، نقول بده بدأ (من الدفع) أي دفع الوديعة (الى عياله لأنه لا يمكنه ملازمة بيته) في جميع الأوقات لأنه يخرج في قضاء حوائجه وأداء ما عليه من الواجبات (ولاستصحاب الوديعـــة في خروجه) أي ولا يمكنه أن يأخذ الوديعة عند خروجه من بيته (فكان المالك) أي صاحب الوديعة (راضياً به) أي يحفظها بمن في عياله دلالة وإن لم يكن صريحـاً وفي الاختيار ولهذا لا يصح نهيه ، يعني إذا نهى المالك أن يحفظها بمن في عياله لا يصح نهيه لما ذكرنا . وقال أيضاً ولو قال لا تدفعها إلى شخص عينه في عياله ممن لا بد له منه فإن لم يكن له عيـــال سواه لم يضمن وإن كان له سواه يضمن ، لأن من العيال من لا يؤتمن على المال .

(فإن حفظها بغيرهم) أي فإن حفظ المودع الوديعة منه غيرهم أي عند غير من هو في عياله بأن يخرج من بيته وترك الوديعة واستحفظها بغيره (أو أودعها عند غـيرهم) أي عند غير من في عياله بأن نقلها من بيته وترك الوديعة فيه ودفعها إلى أجنبي وديعة (ضمن) في الوجهين جميعاً وما قيل إن كان ينبغى أن لا يضمن بالإيداع لأنه ذكر فيها . قيل لأن الظاهر أنه يلتزم حفظ مال غيره في الوجه الذي يحفظ مال نفسه بنفسه فكان له استحفاظها في استحفاظ مال نفسه فجوابه يخرج من قوله ، لأن المالك رضي بيده لا بيد غـــيره والأيدي مختلفة في الأمانة . وأما المراد عن كلامه الأول أن يحفظ مال نفسه غالباً ، فإن الغالب هذا (لأن المالك رضى بيده) أي بيد المودع لتوثقه به (لا بيد غيره والأيدي

تختلف في الأمانة ، ولأن الشيء لا يتضمن مثله كالوكيل لا يوكل غيره والوضع في حرز غيره إيـــداع إلا إذا استأجر الحرز فيكون حافظاً بحرز نفسه . قال إلا أن يقع في داره حريق فيسلمها إلى جاره أو يكون

تختلف في الامـــانة) فرب يد يتوثق بها المودع ولا يتوثق بهـــا المالك ، وكذا على العكس .

(ولأن الشيء لا يتضمن مثله) أي لا يستتبع مثله (كالوكيل لا يوكل غيره) نوقض هذا بالمستعير والعبد المأذون والمكاتب حيث يجوز للمستعير الإعارة وللمأذون أن يأذن لعبده ، وللمكاتب أن يكاتب عبداً حتى أجاز ابن أبي ليلى إيداع المودع قياماً على هـــذا وأجيب بأن تصرف هؤلاء بالملك لأن المستعير مـــالك للمنفعة ، وكذا المأذون والمكاتب وكلاهما منافي غيره .

(والوضع) أي وضع المودع الوديعة (في حرز غـــيره ايداع) أي إيداع المودع الوديعة وهو مصدر مضاف إلى فاعله والمفعول محذوف وارتفاعه على انه خبر عن المبتدأ ، أعني قوله والوضع ، وإنما كان إيداعاً لأن الحرز في يد غيره فصار بالوضع فيه مسلماً إليه وهو إيداع ، فإذا كان إيداعاً يكون ضامنـــاً كالإيداع الحقيقي (إلا إذا استأجر الحرز فيكون حافظاً بحرز نفسه) لأنه بالاستئجار صار الحرز له ، وإن كان الملك لغيره وقـــد نستأجر البيوت لحفظ الامتعة .

(قال) الاستثناء من قوله فإن حفظها بغيرهم ضمنه (إلا أن يقع في داره حريق) أي نار ، كذا فسره البعض ، والصحيح أنه إسم للاحتراق ولم يذكر أهل اللغة انه اسم النار (فيسلمها إلى جاره) بنصب اللام ، أي فإن يسلمها لأنه عطف على أن يقع . قال الحلواني إذا أحاط الحريق بمنزله بحيث لا يمكنه أن يدفعها إلى بعض من عياله ، فلو أمكنه [1] إلى بعض من في عياله يضمن بالدفع إلى الأجنبي (أو يكون) بالنصب ايضاً عطفاً إلا أن يقع

---

(١) هنا كلمة غير مقروءة ولعلها دفعه .

في سفينة فخاف الغرق فيلقيها إلى سفينة أخرى لأنـــه تعين طريقاً للحفظ في هـــذه الحالة فيرتضيه المالك ولا يصدق على ذلك إلا ببينته ، لانه يدعي ضرورة مسقطة للضمان بعـــد تحقق السبب فصار كما إذا ادعى الإذن في الإيداع . قال فإن طلبها صاحبها فمنعها وهو يقدر على تسليمها ضمنها لأنه متعد بالمنع ، وهذا لانه لما طالبه لم يكن راضياً بامساكه بعده فيضمنها بحبسه عنه .

أى أو إلا أن يكون (في سفينة فخاف الغرق) بقـــاء العطف وهو عطف الماضي على المضارع في الصورة . وفي نسخ القدوري «رح» يخاف الغرق بالمضارع الواقع حالاً ، والغرق مصدر غرق في الماء (فيلقيها إلى سفينة أخرى) بنصب للياء في فيلقيها عطفاً على أن يكون وإن عطفته على فخاف يكون مرفوعاً ويكون عطف المضارع على الماضي (لأنه) أى لأن كل واحد من التسليم إلى الجـــار وإلا أبقاه في السفينة (تعين طريقاً للحفظ في هـــذه الحالة فيرتضيه المالك) دلالة لانه لا يمكنها أن يحفظ في هذه الحالة إلا بهذا الطريق .

(ولا يصدق على ذلك) أى لا يصدق المودع على الفعل المذكور (إلا ببينته ، لأنـــه يدعي ضرورة مسقطة للضمان بعد تحقق سبب الضمان) وهو التسليم إلى جاره ، وفي المنتقى هذا إذا لم يعلم أن بيت المودع احترق ، فإذا علم قبل قوله بلا بينـة (فصار كما إذا ادعى الإذن في الإيداع) ، فلا يصدق إلا ببينة ، لأنه يدعي سقوط الضمان بعد تحقيق السبب .

(قال) أي القدوري « رح » (فان طلبها صاحبها فحبسها عنه وهو يقـدر) أى والحال أنه يقدر (على تسليمها ضمنها لأنه متعد بالمنع وهذا) أى وجوب الضمان لكونه متعد بالمنع (لأنه لما طالبه لم يكن راضياً بامساكه) أى بإمساك المودع الوديعة (بعده) أى بعـــد الطلب (فيضمنها) أي إذا كان كذلك فيضمنه ، أي يضمن الوديعة ، وإنما ذكر الضمير باعتبار المودع بفتح الدال ، لأنه اسم للوديعة ، وإن جعل هـــذا من التضمين يعود الضمير إلى المطلوب ، أعني المودع ، أى فيضمن المالك المودع (بحبسه عنه) أي بحبس المودع الوديعة عن المالك .

قـــال وإن خلطها المودع بماله حتى لا يتميز ضمنها ثم لا سبيل للمودع عليها عند أبي حنيفة. وقالا إذا خلطها بجنسها شركــه إن شـــاء مثل أن يخلط الدراهم البيض بالبيض، والسود بالسود، والحنطة بالحنطة، والشعير بالشعير.

(قال) أي القدوري (وإن خلطها المودع) بفتح الدال خلط المودع والوديعة (بماله حتى لا يتميز) فإن خلط الدنانير بالدنانير والدراهم بالدراهم (ضمنها) لأنه استهلاك على ما يأتي وبه قالت الثلاثة في غير خلط الجنس بالجنس، والخلط على أربعة اوجه: خلط بطريق المحاورة مع تيسير التمييز كخلط الدراهم البيض بالسود والدراهم بالدنانير والجوز باللوز، فإنه لا يقطع حق المالك بلا خلاف، فيمكن المالك من الوصول إلى غير حقه بلا حرج وخلط بطريق المجاورة مع تفسير التمييز كخلط الحنطة مع الشعير فذلك يقطـع حق المالك ويوجب الضمان بلا خلاف، لأنه لا يصل المالك إلى حقه إلا بحرج، والمتعذر كالمتعسر، لأن الحنطة لا تخلو عن حبات الشعير والشعير لا يخلو عن حبات الحنطة فيتعذر التمييز حقيقة، ويتعذر ايضاً حكماً بالقسمة لا خلاف الجنس، فان القسمة عند اختلاف الجنس غير مشروع وخلط الجنس مع خلاف الجنس ممازجة كخلط الحل بالحاء المهملة، وهو دهن السمسم بالزيت وكل مائع بغير جنسه فيضمن فيه بلا خلاف، لأنـــه استهلاك مطلقاً وخلط الجنس مع الجنس كخلط دهن اللوز مع دهن اللوز ودهن الجوز مـع دهن الجوز، وخلط اللـــبن والحنطة بالحنطـــة والدراهم البيض بالبيض والسود بالسود فعند أبي حنيفة « رح » يضمن وبه قال الشافعي وأحمد « رح » وعندهما لا ينقطع حق المالك بل له الخيار إن شاء ضمن وإن شاركه وقال مالك « رح » شاركه بلا خيار.

(ثم لا سبيل للمودع) بكسر الدال صاحب الوديعـــة (عليها) أي على الوديعة (عند أبي حنيفة رضى الله عنه. وقالا إذا خلطها بجنسها شركة ان شاء) أى شركة المودع المودع إن شاء المودع بالكسر (مثل أن يخلط الدراهم البيض بالبيض) بكسر الباء جمع أبيض (والسود بالسود) بضم الشين جمع أسود، أي الدراهم السود بالدراهم السود (والحنطة بالحنطة والشعير بالشعير).

لهما انه لا يمكنه الوصول إلى عين حقه صورة وأمكنه معنى بالقسمة معه فكان استهلاكاً من وجه دون وجه ، فيميل إلى أيهما شاء . وله أنه استهلاك من كل وجه لأنه فعل يتعذر معه الوصول إلى عين حقه ، ولا معتبر بالقسمة لأنها من موجبات الشركة فلا تصلح موجبة لها . ولو أبرأ الخالط لا سبيل له على المخلوط عند أبي حنيفة لانه لا حق له إلا في الدين وقد سقط . وعندهما بالإبراء

(لهما) أي لابي يوسف ومحمد « رح » (انه) أي أن المودع بالكسر (لا يمكنه الوصول إلى عين حقه صورة وأمكنه) أي الوصول إلى حقه (معنى) أي حكماً (بالقسمة معه) لأن القسمة فيما لا تتفاوت في إجارة إفراز وتعيين ، حتى يملك كل واحد من الشريكين أن يأخذ حقه عيناً من غير قضاء ولا رضى ، فكان إمكان الوصول إلى غير حقه قائما معنى مخير (فكان) أي هذا الخلط (استهلاكاً من وجه) حيث لا يمكنه الوصول إلى عين حقه صورة (دون وجه) حيث امكنه معنى (فيميل إلى أيها شاء) أي الوجهين شاء لما ذكرها .

(وله) أي ولأبي حنيفة « رح » (أنه) أي ان هذا الخليط (استهلاك من كل وجه لأنه فعل يتعذر معه الوصول إلى عين حقه) لأن عين حقه بالصورة والمعنى ، والتحقيق فيه ان الاستهلاك من العباد التعييب ، فأما انعدام المحل فبتحليف الله تعالى والتعييب قد وجد ، فصار متعدياً ضامناً لا شريكاً فلا يباح له التناول قبل اداء الضمان ، كذا في البدرية (ولا معتبر بالقسمة) أي لا اعتبار هو مصدر ميمي (لانها) أي لان القسمة (من موجبات الشركة) أي أحكامها (فلا تصلح) أي القسمة (موجبة لها) أي للشركة لانه ينقلب حكما والحكم علة .

(ولو ابرأ الخالط) بنصب الطاء ، أى ولو ابرأ المالك المودع الخالط ذكر هذا فائدة للخلاف المذكور (لا سبيل له على المخلوط) أي لا يبقى للمبر طريق على المخلوط (عند أبي حنيفة « رح » لانه لا حق له إلا في الدين وقد سقط) بالإبراء (وعندهما بالابراء

يسقط خيرة الضمان فتتعين الشركة في المخلوط وخلط الخل بالزيت ، وكل مائع بغير جنسه يوجب انقطاع حق المالك إلى الضمان ، وهذا بالإجماع لانه استهلاك صورة ، وكذا معنى لتعذر القسمة باعتبار اختلاف الجنس . ومن هـذا القبيل خلط الحنطة بالشعير في الصحيح لان أحدهما لا يخلو عن حبات الآخر ، فتعذر التمييز والقسمة .

يسقط خيرة الضمان) أي خيار الضمان والخيره بكسر الخاء وفتح الياء آخر الحروف اسم للاختيار كالطيرة بالكسر التطير ، وهذه الصيغة في المصدر قليلة (فتتعين الشركة في المخلوط) يعني تصير شركة بلا خيار وخلط دهن اللوز بدهن الجوز (وخلط الخل بالزيت) أي خلط دهن السمسم بالزيت وهو بالخاء المهملة كما ذكرناه ، وارتفاع الخلط بالابتداء (وكل مائع بغير جنسه) بجر كل عطفاً على الخل ، أي وخلط كل مائع بغير جنسه كالعسل بالدبس والرب بالقطارة والسمن بالدهن (يوجب انقطاع حق المالك) وهو خبر مبتدأ إلى الضمان في محل النصب على الحال ، أي يوجب انقطاع حق المالك منتهياً (إلى الضمان ، وهـذا) أي وهـذا الحكم وهو وجوب الضمان (بالإجماع ، لأنه استهلاك صورة) وهو ظاهر (وكذا معنى) أي كذا هو استهلاك معنى أحكامها (لتعذر القسمة باعتبار اختلاف الجنس) فتعين المصير إلى الضمان .

(ومن هذا القبيل) أي من قبيل انقطاع حق المالك بالإجماع (خلط الحنطة بالشعير) ارتفاع الخلط بالابتداء وخبره مقدم وهو من هذا القبيل (في الصحيح) احترز به عما روى الحسن أن الجواب في خلط الحنطة بالحنطة فكان على الاختلاف ، والصحيح أن حق المالك ينقطع بالإجماع . وقال شمس الأئمة البيهقي في كتاب الغصب من الكفاية روى الحسن في مسألة الحنطة بالشعير عن أبي حنيفة مثل قولهما (لأن أحدهما لا يخلو عن حبات الآخر) لما في الحنطة حبات الشعير ، وفي الشعير حبات الحنطة (فيتعذر التميز والقسمة) لاختلاف الجنس وقد ذكرناه . وما قيل أن تميز الحنطة من الشعير ممكن بأن يصب في ماء

ولو خلط المائع بجنسه فعنـــد أبي حنيفة « رح » ينقطع حق المالك إلى الضمان لما ذكرنا . وعند أبي يوسف يجعل الاقل تابعاً للأكثر اعتباراً للغالب إجزاء . وعند محمد « رح » شركة بكل حـــال ، لان الجنس لا يغلب الجنس عنده على ما مر في الرضاع ، ونظيره خلط الدراهم بمثلها إذابة ،

فيرسب الحنطة ويطفوا الشعير ، فجوابه أن هذا افساد المخلوط في الحال ، مع أن الراسب يمكن أن يكون فيه من حبات حنطة صاحب الشعير ، وفي الطافي يكون من حبـــات شعير صاحب الحنطة .

(ولو خلط المائع بجنسه) بأن خلط السيرج بالسيرج أو الزيت (فعند أبي حنيفة رضي الله عنه ينقطع حق المالك إلى الضمان لما ذكرنا) أشار به إلى ماذكر من قوله لأنـــه استهلاك من كل وجه .

(وعند أبي يوسف يجعل الأقل تابعاً للأكثر) فيضمن صاحب الكثير القليل (اعتباراً للغالب إجزاء) أي من حيث الإجزاء والفرق لأبي يوسف « رح » بين خلط المائـــع من خلاف جنسه وبين خلط المائع بالمائع بجنسه ، فان في خلاف الجنس يقطع حق المـــالك بالإجماع لأن التداخل والشيوع في المائعات أكثر ، فالخاصية تبطل بالخلط عند اختلاف الجنس فيتحقق ، يعني الاستهلاك أما في الجنس يعتبر الأكثر إذ أقلهامائع لما أن الخاصية باقية ، كذا في الفوائد الظهيرية .

(وعند محمد شركة بكل حال) يعني سواء كان أحدهما غالبـــاً أو مغلوباً أو كانا متساويين (لأن الجنس لا يغلب الجنس عنده) أي عند محمد رحمه الله (على مـــا مر في الرضاع) من أن الصبي إذا شرب لبن امرأتين بأن جعل لبنهما في قدح ثم صب في حلق فعند أبي يوسف العبرة للأكثر، وعند محمد يثبت الرضاع منهما جميعاً (ونظيره) أي نظير الحكمة المذكورة وهو خلط المائع بجنسه (خلط الدراهم بمثلهـــا إذابة) أي من حيث الإذابة في النار ، اراد انه إذا أذاب دراهم غيره مع دراهمه فعند أبي حنيفة رحمـه الله

لانه يصير مانعا بالإذابة . قـــال وإذا اختلطت بماله من غير فعله فهو شريك لصاحبها ، كما إذا انشق الكيسان فاختلطا ، لانـــه لا يضمنها لعدم الصنع

ينقطع حق المالك بكل حال . وأبو يوسف « رح » يجعل الأقل تابعاً للأكثر في رواية عنه. وقال محمد « رح »الشركة بكل حال على اصله (لأنه يصير مائعاً بالإذابة) الضمير في لأنه يرجع إلى الدراهم ، وكان ينبغي أن يقول لأنها تصير مائعة ، ولكن التذكير إما باعتبار الدراهم ورقا بكسر الراء ، وأما باعتبار المذكور وكل ذلك لا يخلو عن نوع تعسف.

(قال) أي القدوري (وإذا اختلطت) أي الوديعة (بماله) أى حـال المودع بفتح الدال (عن غير فعله فهو شريك لصاحبها) أى لصاحب الوديعة (كما إذا انشق الكيسان فاختلطـــا) بأن كان في صندوقه كبدله فمط كيس الوديعة فانشق الكيسان من ذاتها أو بقرض فأرة ونحوها فاختلط المالان ، وهذا الكلام بيان لقوله من غـير فعله (لأنه) أي لأن المودع (لا يضمنها) هذا تعليل لقوله فهو شريك لصاحبها ، وكان حق ترتيب الكلام أن يقال وإن اختلطت بماله من غير فعله كما إذا انشق الكيسان فاختلطـا فهو شريك لصاحبها ، لأنه لا يضمنها (لعدم الصنع) منه أى من المودع بالفتـــح ، أي الصنع الموجب الضمان .

قال السغناقي ولو تمسكن تفسير ذلك من المودع بأن جعـل دراهم الوديعة في كيس بال ، ولكن المختلط بينهما بقدر ملكهما . قلت كلام يوهم أن الكيس إذا كان جديداً يضمن ولا يكون شريكاً وليس كذلك ، وانما عدم الضمان على عدم الصنع منه سواء كان الكيس جديداً أو بالياً. وفي الكافي للحكم الحميد فإن انشق الكيس في صندوقه فاختلطت بدراهم المودع فلا ضمان عليه وهما فيه شريكان. وإن هلك بعضها هلك من مالهما جميعاً ويقسم الباقي بينهما على قدر ما كان لكل واحد منهما يعني أو مكسرة ، فان كان دراهم احدهما صحاحاً ، ودراهم الآخر مكسرة لا تثبت الشركة بينهما ، بل يميز كل واحد منهما فيدفع الى المودع ماله ويمسك المودع مال نفسه لإمكان التمييز ، وإن كان دراهم أحـدهما صحاحاً جياداً وفيها بعض الرديء ودراهم الآخر صحاحاً رديئاً وفيها بعض الجيـاد

فيشتركان وهذا بالإتفاق . قال فإن أنفق المودع بعضها ثم رد مثله فخلطه بالباقي ضمن الجميع ، لان خلط مـــال غيره بماله فيكون استهلاكاً على الوجه الذي تقدم .

تثبت الشركة بين المالين ، لأن هذا خلط لا يمكن التمييز بينهما ، ثم كيف يقتسمان إن تصادقا أن ثلثي مال احدهما جياد وثلثه رديء وثلثه جيد يقتسمان الجياد من المـــال المختلط أثلاثاً والرديء أثلاثاً على قدر ما كان لكل واحد منهما وإن لم يتصادقا وكان لا يعرف وادعى كل واحد منهما أن ثلثي ماله جياد وثلثه رديء ويأخذ كل واحد منهما ثلث الجياد ، لأنهما اتفقا على انه كان لكل واحد منهما ثلث الجياد فيأخذان ذلك .

واختلفا في ثلث الآخران يدعي كل منهما لنفسه وذلك الثلث في أيديهمـــا في يد كل واحد منهما نصف الثلث وهو سدس الكل ، فيكون القول قول كل واحـــد منهما في مائدة ويحلف كل منهما على دعوى صاحبه ، فان حلفا برئا عن الدعوي وترك المـال في أيديهما كما كان ، وإن نكلا قضى لكل منهما بنصف الثلث وهو سدس الكل الذي في يد صاحبه ، وكذلك إن قامت لكل منهما بينة ، وإن حلف احـدهما ونكل الآخر برىء الحالف فيرد الناكل نصف الثلث وهو سدس الكل الذي في يده إلى صاحبه .

(فيشتركان) أي المودع والمودع (وهذا بالاتفاق) أي الحكم المذكور بالاتفـــاق بين علمائنا ، فان هلك البعض كان في مالهما جميعاً ، إذ الأصل في المال المشترك أن يكون الهالك والباقي على الشركة .

(قال.) أي القدوري (فان انفق المودع بعضها) أي بعض الوديعة (ثم رد مثـله فخلط بالباقي ضمن الجميع ، لأنه خلط مال غيره بماله فيكون استهلاكاً على الوجه الذي تقدم) أي مثلما انفق قيد بالانفاق ورد المثل ، لأنه لو أخذه لأجل الإنفاق ثم رده قبل الإنفاق لم يضمن ، لأنه إن حالف عاد إلى الوفاق ، كذا في المبسوط . وقـــال الشافعي رحمه الله في قول ومالك رحمه الله يضمن الكل لو أنفق البعض ولم يرد شيئاً يضمن الكل عندهما ما أنفق ، لأن الغرامة بقدر الحيازة فخلطه بالباقي ضمن الجميع ، لأنـه خلط

قال وإذا تعدى المودع والوديعة بأن كانت دابة فركبها ، أو ثوبا فلبسه أو عبداً فاستخدمه أو أودعها عند غيره ثم أزال التعدي فردها إلى يده زال الضمان. وقال الشافعي « رح » لا يبرأ عن الضمان ، لان عقد الوديعة ارتفع حين صار ضامنا للمنافاة فلا يبرأ إلا بالرد على المالك . ولنا أن الامر باق لإطلاقه وارتفاع حكم العقد

مال غيره بماله فيكون استهلاكا على الوجه الذي تقدم . وفي الذخيرة هذا إذا لم يجعل علامة على ماله حين خلطه بمال الوديعة ، أما إذا جعل بحيث يتأتى التمييز لا يضمن إلا ما انفق ، وقال الشافعي « رح » في قول لا يضمن إلا ما انفق في الوجهين وبه قال ابو القاسم المالكي وأحمد « رح » . وقال الربيع يضمن الجميع إذا لم يتميز .

(قال) أي القدوري (وإذا تعدى المودع في الوديعة بأن كانت دابة فركبها أو ثوباً فلبسه أو عبداً فاستخدمه أو اودعها عند غيره) أي اودع المودع الوديعة عند غيره (ثم أزال التعدى فردها إلى يده زال الضمان) إنما قال زال لأن الضمان وجب عليه بنفس الركوب ، حتى لو هلك في حالة الاستعمال يضمن بلا خلاف . وفي التحفة وفي المستأجر والمستعير إذا خالفا ثم تركا الخلاف بقي الضمان ، وعند بعضهم هذا بمنزلة المودع . وفي خلاصة الفتاوى وفي الإجارة والإعارة الأصح انه لا يبرأ عن الضمان بالعود الى الوفاق .

(وقال الشافعي « رح » لا يبرأ عن الضمان لأن عقد الوديعة ارتفع حين صار ضامنا للمنافاة) بين كونه ضامنا وبين كونه امينا ، وإذا ثبت كونه ضامنا انتفى كونه امينا وهو موجب العقد فارتفع العقد فلا يعود إلا بسبب جديد ولم يوجد (فلا يبرأ إلا بالرد على المالك) فلم يوجد ويضمن ، وبه قال مالك « رح » في رواية واحمد « رح » في رواية ابن القاسم واشهب يبرأ كقولنا .

(ولنا أن الأمر) أي بالحفظ وهو الإيداع (باق لإطلاقه) أي لإطلاق الأمر، لأن قوله إحفظ هذا المال يتناوله جميع الأوقات بعد الخلاف وقبله (وارتفاع حكم العقد)

جواب عن قول الشافعي « رح » لأن عقد الوديعة ارتفع، وحكم العقد هو الحفظ وارتفاعه على الابتداء ، وخبره قوله (ضرورة ثبوت) أي لأجل ضرورة ثبوت (نقيضه) لاجل ضرورة ثبوت نقيض حكم العقد ، لان بطلان الشيء بما ينافيه، والاستعمال ليس بموضوع لإبطال الإيداع ولا ينافيه (فإذا ارتفع عاد) أى نقيض (حكم العقد) بالعودة إلى الوفاق عاد وحكم العقد وهو لزوم الحفظ المأمورية ، لان الإرتفاع كان لضرورة ثبوت العقد كما ذكر . والثابت بالضرورة يتقدر بقدر الضرورة وهي تندفع بإثباته ما دامت المخالفة باقية فلا يتعدى إلى ما بعد ارتفاعه وعورض بأن الأمر باق فيكون مأموراً بدوام الحفظ وما هذا شأنه فالمخالفة فيه رد للأمر من الأصل كالجحود ، فلا يبرأ عن الضمان برفع المخالفة كاعتراف بعد الجحود .

والجواب بما ذكرنا أن بطلان الشيء بما ينافيه أو بما هو موضوع لإبطاله ، فلا تكون المخالفة ودا له من الأصل وهي ليست بموضوعة لإبطال الابداع ، ولا ينافيه . ألا ترى أن الأمر بالحفظ مع الاستعمال صحيح ابتداء بأن يقول للغاصب أودعتك وهو مستعمل، بخلاف الجحود ، فإنه قول موضوع للرد ، ألا ترى أن الجحود في أوامر الشرع ودها يكفر به . والمخالفة بترك صلاة أو صوم مأمور به ليست رداء ، ولهذا لا يكفر [1].

(كما إذا استأجره) تنظير المسألة الوديعة بالاستئجار أي كما إذا استأجر رجل رجلاً (للحفظ شهراً) أي لحفظ متاعه مدة شهر (فترك الحفظ في بعضه ثم حفظ في الباقي) فإنه ترك الحفظ في بعض الأوقات ولم يخرج بذلك عن كونه أميناً .

فإن قلت هذا النظير غير مستقيم ، لأن بقاء كونه أميناً باعتبار أن عقد الإجارة عنده لازم فلا يرتد برده ، بخلاف ما نحن فيه ، قلت العقد اللازم في الانتقاض بعدم تسليم المعقود عليه سواء بالاتفاق كالإجارة والعارية والبيع والهبة ينتقض بعدم تسليم المعقود

---

(١) هكذا جرى السياق في الأصل ، وفيه كلام غير مضطرد .

فحصل الرد إلى نائب المالك . قال فإن طلبها صاحبها فجحدها ضمنها ، لأنه لما طالبه بالرد فقد عزله عن الحفظ ، فبعد ذلك هو بالإمساك غاصب مانع منه فيضمنها ، فإن عاد إلى الإعتراف لم يبرأ عن الضمان لارتفاع العقد إذ المطالبة بالرد رفع من جهتـــه ، والجحود فسخ من جهة المودع كجحود الوكيل

عليه ، ثم في الاستئجار وردة العقد على منفعة الحفظ في المدة ، والمنفعة تحدث شيئاًفشيئاً فيترك الحفظ في بعض المدة يبطل العقد في ذلك القدر ، ويكون باقياً لبقاء العقد عليه ، فكذا في الحفظ بغير بدل .

فإن قلت المستأجر للدابة إلى مكان إذا جاوزه ثم عاد إليه لم يبرأ ، وكذا المستعير إذا خالف ثم عاد إلى الوفاق لم يبرأ . قلت لأن البراءة إنما تكون بالإعادة إلى يد المالك ، إما حقيقة وإما تقديراً ، ويد المستأجر أو المستعير يد نفسه فإنه يستوفي المنافع المملوكة من المحل والمالك فيما يتصرف في المحل يكون عاملاً لنفسه لا لغيره فـــلا يبرأ عن الضمان ، خلافاً لزفر اعتباراً بالوديعة .

(فحصل الرد إلى نائب المالك) هذا جواب عن قوله فلا يبرأ إلا بالرد على المالك . ووجهه أن المودع نائب المالك ، فإذا ارتفعت المخالفة وعاد مودعاً ، هذا جواب عن قوله فلا يبرأ إلا بالرد على المالك ، ووجهه أن المودع نائب المالك ، ووجهـــه أن المودع نائب بذلك ، فإذا ارتفعت المخالفة عاد مودَعاً جعل الرد نائب المالك[1] .

(قال) أي القدوري (فان طلبها صاحبها فجحدها ضمنها) أي الوديعة ، وقيـــد بالجحود عند الطلب ، لأنه إذا جحد عند صاحبها لا بناء على الطلب لا يضمن ، كذا في الخلاصة (لأنه) أي لأن صاحب الوديعة (لما طالبه بالرد فقـــد عزله عن الحفظ ، فبعد ذلك هو بالإمساك غاصب مانع منه فيضمنها ، فإن عاد إلى الاعتراف لم يبرأ عن الضمان لارتفاع العقد) فإذا ارتفع لا يعود إلا بعقد جديد (إذ المطالبة بالرد رفع من جهته) أي رفع للعقد من جهة المالك (والجحود فسخ من جهة المودع) بفتح الدال (كجحود الوكيل

---

(١) هكذا الكلام مكرر في الأصل .

الوكالة . وجحود أحـــد المتعاقدين البيع فتم الرفع ، ولأن المودع يتفرد بعزل نفسه بمحضر من المستودع كالوكيل يملك عزل نفسه بحضرة الموكل . وإذا ارتفع لا يعود إلا بالتجديد فلم يوجـــد الرد إلى نائب المالك بخلاف الخلاف ثم العود إلى الوفاق .

الوكالة) يعني بمحضر من الموكل ، وذلك لأنه ترك الإلتزام فكان فسخاً .

ونقل في الأجناس عن نوادر ابن سماعة عن محمد « رح » إذا وكل ثم قال لم أوكله لم يكن رجوعاً وعزلاً عن الوكالة . ونقل عن وصايا الاصل إذا اوصى ثم انكر الوصية فقال لم أوص فهو رجوع . قال في الجامع لا يكون رجوعـاً ، وفي نوادر ابن شجاع عن محمد « رح » إذا أوصى لرجل ثم قال لم اوص له لم يكن رجوعاً . ولو قال أشهد أني لا أوصي له فهو رجوع ، وكذلك لو وكل وكيلا يبيع عبداً له ثم قال اشهدوا أني لم أوكـله فهو كذب ، وهو وكيل . ولو قال إني لا أوكلة ببيع العبد فهو عزل ، ولو شهدوا عليـــه بالكفر فجحد وقال ما تلفظت به يكون ذلك توبة ورجوعاً عنه .

(وجحود أحد المتعاقدين البيـع) أي وكجحود البائع أو المشتري حصول البيـع (فتم الرفع) أي إذا كان الأمر كذلك فتم العقد رفع العقد عنهما (أو لأن المودع) إشارة إلى تعليل ثان (ينفرد بعزل نفسه بمحضر من المستودع) بكسر الدال (كالوكيل يملك عزل نفسه بحضرة الموكل ، وإذا ارتفع) أي العقد (لا يعود إلا بالتجديد) أي بتجديد العقد (فلم يوجد الرد الى نائب المالك) يعني بنفس المودع ، لأنه نائب المالك بجحود احتاج الى التجديد فلم يوجد فلم يكن رداً إلى نفسه ، أعني المودع بالفتح فيضمن .

(بخلاف الخلاف ثم العود إلى الوفاق) أراد بالخلاف الأول الخـــلاف في الحكم ، وبالخلاف الثاني خلاف المودع بالفعل ، يعني إذا خالف فعلاً ثم عـاد إلى الوفاق يكون العقد على حاله ، لأنه باق إذ الخلاف ليس برد الأمر ، لأن الأمر قول ، ورد القول بقول مثله ، وأما الجحود فهو قول ورد للأمر ، لأن الجاحد يكون متملكاً للعـين والمالك في ملكه لا يكون مأموراً بالحفظ من جهة غيره . وفي الزيادة هذا كله إذا جحد الوديعة في

ولو جحدها عند غير صاحبها لا يضمنها عند أبي يوسف « رح » خلافاً لزفر « رح » ، لأن الجحود عند غيره من باب الحفظ ، لأن فيه قطع طمع الطامعين ، ولأنه لا يملك عزل نفسه بغير محضر منه أو طلبه فبقي الأمر ،

المنقول ، أما لو جحدها في العقار قال السرخسي لا ضمان عليه في قول أبي حنيفة وأبي يوسف « رح » في جميع الوجوه . ومن المشايخ من قال العقار يضمن بالجحود بلا خلاف وإن كان الغصب لا يتحقق فيه عندهما . وقال الحلواني في ضمان الجحود في العقار عن أبي حنيفة « رح » روايتان .

(ولو جحدها عند غير صاحبها) بأن قال أجنبي ما حال وديعته (لا يضمنها عند أبي يوسف « رح » خلافاً لزفر « رح ») إنما خص قول أبي يوسف « رح » بالذكر وإن كان عدم الضمان هو قول أصحابنا الثلاثة . قيل لأن هذا الفصل لم يكن مذكوراً في مبسوط محمد « رح » وإنما ذكر في اختلاف زفر ويعقوب « رح ».فأورده كذلك . وفي النهاية أو جحدها في وجه المودع من غير أن يطالبه بالرد بأن قال ما حال وديعتي عندك ليشكره على حفظها فجحدها لا يضمنها عند أبي يوسف « رح » وروى بشر عن أبي يوسف إذا جحد الوديعة في وجه عدو يخاف عليها التلف إن أقر ثم هلكت لا يضمنها ، لأن الجحود في هذه الصورة جهة من جهات الحفظ ، كذا في الذخيرة . وجه قول زفر « رح » أن الجحود سبب للضمان سواء كان عند المالك أو غيره ، كالإتلاف حقيقة .

ووجه قول أبي يوسف ما ذكره بقوله (لأن الجحود عند غيره) أي غير المودع (من باب الحفظ ، لان فيه قطع طمع الطامعين) عن الوديعة ، فلا يضمن ، وبه قالت الثلاثة (ولانه) أي ولان المودع بفتح الدال (لا يملك عزل نفسه بغير محضر منه) أي من المالك وهو ما عزله (أو طلبه) أي أو بغير طلبه ، أي طلب المالك ،لان العقد قائم بهما فلا يرتفع إلا بهما (فبقى الامر) أي العقد باعتبار بقائه ليد المالك فلا يضمن ، وبه قالت الثلاثة .

بخلاف ما إذا كان بحضرته. قــال وللمودع أن يسافر بالوديعة وإن
كان لها حمل ومؤنة عند أبي حنيفة « رح » .

(بخلاف ما إذا كان) أي الجحود (بحضرته) أي بحضرة المالك وقد مر وجهه .
وفي الاجناس أما المودع إذا جحد الوديعة كان شيخنا أبو عبدالله الجرجاني يقول انه على
وجهين إن نقل الوديعة عن الموضع الذي كان فيه حال جحوده وهلكت ضمن ، وإن لم
ينقلها عن موضعها حتى هلكت لا يضمن ، وفي المنتقى إذا كانت الوديعة أو العارية مما
يحول يضمن بالجحود وإن لم يحولها . وفي الاجناس الامانة تنقلب مضمونة بالموت إذا لم
يبين إلا في ثلاث مسائل ، إحداهما : متولى الوقف إذا مات ولا يعرف حال علتها الذى
أخذها ولم يبين الاحتمال عليه ، ذكره في كتاب الوقف هلال البصري .

والثانية : السلطــان إذا خرج الى الغزو وغنموا فأودع بعض الوديعــة بعض
الغانمين ومات ولم يبين عند من أودع لا ضمان عليه ، ذكره في السير الكبير .

والثالثة : أحد المتفاوضين في يد مال الشركة ومـات ولم يبين لا ضمان عليه ، ذكره
في الاصل .

وفي الواقعات إذا قال دفعت الوديعة في مكان كذا ونسيت موضها ، وهــذا على
وجهين ،إما انه لوقال دفنتها في داري أو في كرمي أو في موضع آخر ، ففي الوجه الاول
والثاني لا يضمن إذا كان للدار والكرم باب ، لانه ليس بتضييع ، وفي الوجــه الثالث
يضمن لانه تضييع ، ونقــل في الاجناس عن نوادر ابن رستم إذا ادعى المستودع ضياع
الوديعة منذ عشرة ايام فقال صاحب الوديعة أنا أقيم البينة انها كانت في يدى منذ يومين.
وقال المستودع وجدتها بعد ذلك فضاعت صدق . فإن قال حين خوصم ليس له عندي
وديعة ثم قال وجدتها فضاعت ضمن .

(قال) أي القدوري (وللمودع أن يسافر بالوديعة وإن كان لهـا حمل ومؤنة عند
أبي حنيفة « رح ») وفي شرح الاقطع هــذا الذي ذكره قول أبي حنيفة لا في موضع
واحد ، وهو أن يكون طعاماً كثيراً فانه يضمن استحساناً إذا سافر به لا قياساً. وقال
الإمام الاسبيجابي في طريقة الخلاف اذا كان له حمل ومؤنة فعند أبي حنيفة لا يضمن

وقالا ليس له ذلك إذا كان لها حمل ومؤنة . وقال الشافعي « رح » ليس له ذلك في الوجهين

سواء كان السفر قريباً أو بعيداً . وقال محمد «رح» يضمن سواء كان قريباً أو بعيداً. وقال أبو يوسف «رح» إن كان بعيداً يضمن وإلا فلا، ثم قال وأجمعوا إن كان الطريق مخوفاً يضمن كيفما كان ، ثم قال واجمعوا على انه لو سافر بالوديعة في البحر يضمن. وقال قاضي خان في شرح الجامع الصغير وأجمعوا على أن الأب والوصي إذا سافر بمال اليتيم لا يضمن والوكيل بالبيع إذا سافر بما وكل ببيعه قالوا إن قيده بمكان بأن قال له بعه بالكوفة فسافر به يضمن، وإن أطلق فسافر به لا يضمن إذا سرق أو ضاع فيما لا حمل له ويضمن فيما له حمل ومؤنة . ثم الواو في قوله وإن كان للوصي والضمير في اوله يرجع إلى الوديعة باعتبار المودع بفتح الدال لأنه يطلق على الوديعة وعلى الذي يقبلها أيضاً كما علم من قبل . وقال الكاكي بمال الوديعة وفيه نظر لا يخفى . والحمل بفتح الحاء مصدر حمل الشيء يقال ماله حمل ومؤنة ماله ثقل يحتاج في حمله إلى ظهر أو خبرة حمال . وفي الأصل ما له مؤنة في الحمل وهذا هو الأوجه .

(وقالا) أي أبو يوسف ومحمد « رح » (ليس له ذلك) أي السفر بالوديعة (إذا كان لها حمل ومؤنة . وقال الشافعي « رح » ليس له ذلك في الوجهين) أي فيما له حمل ومؤنة وفيما ليس له ، وبه قال مالك ، وإذا قدر ان يردها على صاحبها ووليه أو الحاكم أو أمين. فأما إذا لم يقدر على أحد منهم لا يضمن للضرورة . وللشافعي في نقلها من قريته إلى قرية فيما دون مدة السفر إذا كانت المسافة آمنة وجهان ، وهذا الخلاف إذا كان الطريق آمناً ، فإن كان مخوفاً ضمن بلا خلاف ، وإذا كان آمناً وله بد من السفر فكذلك ، وإن لم يكن وسافر بأهله لا يضمن ، وإن سافر بنفسه ضمن ، لأنه أمكنه تركها في أهله ، ثم اطلاق قولهما ليس بوضع الجامع الصغير ولا المبسوط ، فانه ذكر في الجامع الصغير أن له أن يخرج خلافاً للشافعي « رح » .

واختلف أصحابنا بعد ، فقال أبو حنيفة لا يضمن قصر الخروج أو طال ، وكان له حمل ومؤنة أو لا . وقال أبو يوسف إن قصر الخروج لم يضمن بكل حال ، وإن طال لم

لأبي حنيفة «رح» إطلاق الأمر والمفـــازة محل للحفظ إذا كان الطريق آمناً ، ولهذا يملكه الأب والوصي في مال الصبي . ولهما أنه يلزمه مؤنة الرد فيما له حمل ومؤنة ، فالظاهر أنه

يضمن إلا فيما له حمل ومؤنة . وقال كذلك إلا فيما له مؤنة فإنه لا يملك وأن يخرج بـــه قصر أو طال . وفي المبسوط بعدما ذكر قول أبي حنيفة قال إذا قربت المسافة فـله أن يسافر بها ، وإذا بعدت ليس له ذلك .

(لأبي حنيفة إطلاق الأمر) أي أمر الآمر ، لأنه أمره بالحفظ مطلقاً فلا يتقيد بمكان كما لا يتقيد بزمان (والمفازة محل للحفظ اذا كان الطريق آمناً) هـذا جواب عن سؤال مقدر تقديره أن يقال سلمنا أن إطلاق الأمر يقتضى الجواز ، لكن المانع عنـه متحقق ، وهو كون المفازة ليس محلا للحفظ . فأجاب بقوله والمفازة إلى آخره قيد بقوله آمناً لأنه إذا لم يكن آمناً اريحه الضمن (ولهذا) أي ولكون المفازة محـــلاً للحفظ (يملكه الأب والوصي في مال الصبي) أي يملك السفر الأب والوصي بمـــال الصغير ، فلو كان التلف مظنوناً لما جاز لهما ذلك .

فان قلت بمسافرتهما بمال الصغير ، فلو كان التلف مظنوناً لما جاز لهما ذلك . فإن قلت بمسافريتما بمال الصغير للتجارة والناس يخاطرون بهـــا تطمع الربح والمودع ليس كذلك ، لأنه ليس له حق التصرف والاسترباح فيها ، فلا يكون الاستدلال به على المودع صحيحاً . قلت هذا توضيح الاستدلال ، ولئن كان استدلالاً فهو صحيح ، لأن ولايتهما على مال الصغير نظرية وأولى وجوه النظر غايته عن مواضع التلف ، فلو كان في وهم الستروهم التلف لما جاز ، وحيث جاز بالاتفاق انتفى وهم التلف . هذا حاصل ما ذكره السغناقي وتبعه على ذلك صاحب الغاية وصاحب العناية ، ولكن هو محل المناقشة ، فإن لقائل ان يقول لا نسلم جواز سفر الأب أو الوصي بمال الصغير ، لأن الله أمر بالأحسن في قربان مال اليتيم فابن الأحسن والحسن في المسافرة بماله ، ولا نسلم عدم كون السفر وهم التلف» وكون السفر مظنة التلف ومتحقق لا ينكر خصوصاً في قيام الفتن بين الخلف .

(ولهما أنه يلزمه) أي أن المالك يلزمه (مؤنة الرد فيما له حمل ومؤنة فالظاهر أنه

لا يرضى به فيقيد به . والشافعي « رح » يقيده بالحفظ المتعارف وهو الحفظ في الأمصار وصار كالإستحفاظ بأجر . قلنا مؤنة الرد يلزمه في ملكه ضرورة امتثال أمره فلا يبالي به ، والمعتاد كونهم في المصر لا حفظهم ، ومن يكون في المفازة يحفظ ماله فيها ، بخلاف الاستحفاظ بأجر ، لأنه عقد معاوضة فيقتضي التسليم في مكان العقد ، وإذا نهاه المودع

لا يرضى به فيقيد به) أي سفره بما ليس له حمل ومؤنة ، لأن فيما له حمل ومؤنة إضرار عليه ، فان قلت كيف يلزمه مؤنة الرد فيما له حمل ومؤنة . قلت باعتبار موت المودع في طريق فانه حينئذ يلزم المالك مؤنة الرد .

(والشافعي « رح » يقيده) أي يقيده حفظ الوديعه (بالحفظ المتعارف وهو الحفظ في الامصار) أي أسباب الصيانة تتهيأ في الامصار من كل وجه وفي غيرها من وجه دون وجه (وصار كالاستحفاظ بأجر) أي صار حكم الوديعة في الحفظ ، كما إذا استأجر رجلا ليحفظ متاعه شهراً بدرهم فانه لا يسافر ، فلو سافر به يضمن .

(قلنا مؤنة الرد يلزمه في ملكه) هذا جواب عن قولهما يعني مؤنة الرد يلزم المالك في ملكه . تقديره سلمنا أن المؤنة تلحق المالك لكنه ليس بمعنى من قبل المودع ، بل انما ذلك (ضرورة امتثال المودع أمره) فإنما أمره مطلقاً وهو لا يتقيد بمكان فهو بمعنى يرجع إلى المالك (فلا يبالي به) أي يلحق المؤنة ، لأنه ضروري وضمني (والمعتاد كونهم في المصر) جواب عن قول الشافعي « رح » ، أي المتعارف كون أهل الأمصار في المصر يعني المعتاد كون المودعين وقت الإيداع في المصر (لا حفظهم) أي ليس المعتاد حفظ المودعين في المصر ، ثم أوضح ذلك بقوله (ومن يكون في المفازة يحفظ ماله فيها) كأهل الخيام والاخبية ، فإنهم يحفظون أموالهم في المفازة ولا ينقلونها إلى الامصار .

(بخلاف الاستحفاظ بأجر ، لانه عقد معاوضة فيقتضي التسليم في مكان العقد) أشار بهذا إلى أن قياس الشافعي « رح » بالفارق فلا يجوز (وإذا نهاه المودع) بكسر

أن يخرج بالوديعة فخرج بها ضمن ، لأن التقييد مفيد إذ الحفظ في المصر أبلغ فكان صحيحاً . قال وإذا أودع رجلان عند رجل وديعة فحضر أحدهما يطلب نصيبه لم يدفع إليه نصيبه حتى يحضر الآخر عند أبي حنيفة « رح » . وقالا يدفع إليه نصيبه . وفي الجامع الصغير ثلاثة استودعوا رجلاً ألفاً فغاب اثنان فليس للحاضر أن يأخذ نصيبه عنده . وقالا له ذلك ،

الدال إذا نهى المودع رب المال (أن يخرج بالوديعة فخرج بها ضمن ، لان التقييد مفيد ، اذ الحفظ في المصر أبلغ فكان صحيحاً) أي فكان تقيده صحيحاً .

(قال) أي القدوري (وإذا أودع رجلان عند رجل وديعة فحضر أحدهما يطلب نصيبه لم يدفع إليه نصيبه حتى يحضر الآخر عند أبي حنيفة رضى الله عنه) حتى لودفع يضمن نصفه .

(وقالا يدفع إليه نصيبه . وفي الجامع الصغير ثلاثة استودعوا رجلا الفاً فغاب اثنان فليس للحاضر أن يأخذ نصيبه عنده وقالا له ذلك) أي عند أبي حنيفة رحمه الله انما ذكر رواية الجامع الصغير تنبيهاً على ثلاث فوائد ، الاولى : البينة على أن المواد بوضع الخلاف ، وعن الطلاق القدوري الوديعة هو المكيل والموزون ، لان المذكور فيه الالف وهو موزون .

الثانية : أن القدوري « رح » نص على الاثنين والجامع الصغير على الثلاثة ، ولولا رواية الجامع لكان لقائل أن يقول نصيب الحاضر من الثلاثة أقل من نصيب الغائبين ، فيصير مستهلكاً ، ويجعل تبعاً للأكثر فلا يوجد من المودع . واما نصيب الحاضرين الاثنين لا يكون مستهلكاً ولا تابعاً فله أخذه فيه برواية الجامع أن الحكين سواء .

الثالثة : أنه ذكر في كتاب الوديعة القاضي لا يأمر المودع بالدفع ويوهم ذلك أن يأخذه ديانة ، فلما قال في الجامع ليس له أن يأخذ زالت هذه الشبهة وتلقت هذه المسألة بمسألة الحامي وحكايته أن رجلين دخلا الحام وأودعا عند الحمامي هميانا من ذهب فخرج

والخـــلاف في المكيـل والموزون وهو المراد بالمذكور في المختصر. لهما أنه طالبه بدفع نصيبه فيؤمر بالدفع إليه كما في الدين المشترك، وهذا لأنه يطالبه بتسليم ما سلم إليه وهو النصف. ولهذا كان له أن يأخذه فكذا يؤمرهو بالدفع إليه، ولأبي حنيفة «رح» انه طالبه بدفع نصيب الغائب لأنه يطالبه بالمفرز وحقه في المشاع والمفرز المعين يشتمل

احدهما قبل صاحبه، وأخذ الهميان وذهب به وخرج الآخر وطالبه بالهميان، ولعلهما تواطئا على ذلك، فتحير الحامي فقيل فيصل هذا الامر عند أبي حنيفة «رح» فذهبوا إليه وقصوا عليه القصة، فقال أبو حنيفة رحمه الله لا تقل دفعته إلى صاحبك، ولكن قل لا ادفعه إليك حتى تحضر صاحبك فانقطع الرجل وترك الحامي.

(والخـــلاف في المكيل والموزون، وهو المراد بالمذكور في المختصر) أي مختصر القدوري، ذكر هذا احترازاً من ذوات الامثال حتى إذا كانت الوديعة والعبد والدواب ليس للحاضر أن يأخذه بالإجماع.

(لهما) أي لابي يوسف ومحمـــد «رح» (أنه) أي الحاضر (طالبه) أي طالب المودع (بدفع نصيبه فيؤمر بالدفع اليه) لانه مالك لنصيبه حقيقة فلا يتعذر عليه قبض نصيبه بغيبة الآخر (كما في الدين المشترك) أي كما يطلب الحاضر في الدين المشترك بأن باعا عبداً مشتركاً اذا حضر أحدهما كان له أن يطالب المديون، فكذا هـذا (وهذا) أي توضيح لما ذكره (لانه يطالبه بتسليم ما سلم اليه) أي لان الحـــاضر يطلب المودع بتسليم ما سلم اليه من الوديعة (وهو النصف، ولهذا كان له) أي للمودع (ان يأخذه) أي ان يأخذ نصيبه الذي هو النصف (فكذا يؤمر هو بالدفع اليه) أى كما ان له أن يأخذ، فكذا يؤمر بالدفع إلى المالك الحاضر.

(ولابي حنيفة انه طالبه) أي ان الحاضر طالب المودع (بدفع نصيب الغائب، لانه يطالبه بالمفرز) اي المقسوم، وليس له فيه حق (وحقه في المشاع والمفرز المعين يشتمل

على الحقين ولا يتميز حقـــه إلا بالقسمة وليس للمودع ولاية القسمة ، ولهذا لا يقع دفعه قسمة بالإجماع ، بخلاف الدين المشترك لأنـه يطالبه بتسليم حقه لأن الديون تقضى بأمثالهـا وقوله له أن يأخذه . قلنـــا ليس

على الحقين) اي حق الحاضر والغائب (ولا يتميز حقه إلا بالقسمة ، وليس للمودع ولاية القسمة) لانه ليس بوكيل في ذلك (ولهذا لا يقع دفعه قسمة بالإجمـــاع) حتى لو ملك الباقي في يد المودع ثم حضر الغائب له ان يشاركه في المأخوذ بالإجماع ، فثبت ان القسمة ليست بنافذة .

(بخلاف الدين المشترك ، لأنه يطالبه بتسليم حقه) أي حق المديون ، لأنه يسلم مال نفسه لا مال غيره (لأن الديون تقضى بأمثالها) لا بأعيانها ، فدفعه نصيب الحاضر يصرف في ملك نفسه وليس فيه قسمة على الغائب ، أما المودع يدفع مال الغـــير . ألا ترى إذا غاب واحد وله عند آخر دين في الوديعة فجاء رجل- وادعى الوكالة منـــه يقبض الدين والوديعة فصدقه أمر بتسليم الدين دون الوديعة وقد نظر صاحب العناية في صرف الشراح الضمير في قوله بتسليم حقه إلى المديون ، وقال لأن الإنسان لا يؤمر بالتصرف في مـــاله بالدفع إلى من لا يجب له عليه ذلك والحق أن الضمير في حقه للشريك لا للمديون ، ومعناه لأن الشريك يطالب المديون بتسليم ، أي بقضاء حقه ، وحقـــه من حيث القضاء ليس بمشترك بينهما ، لأن الديون تقضى بأمثالها ، والمثل مال المديون ليس بمشترك بينهما ، والقضاء إنما يقع بالمقاصة ، وفي نظره نظر ، لأن عبارة المصنف تشعر بأن الضمير يرجع إلى المديون على ما لا يخفى . وقوله لأن الإنسان لا يؤمر إلى آخره ليس كذلك ، لأن المأمور هنـــا بالدفع ، وإنما هو إلى من يجب له عليه ذلك ، ولا كلام في عدم جواز الأمر بالدفـع إلى من لا يجب عليه ذلك فافهم .

(وقوله له أن يأخذه) جواب عن قولهما ولهذا كان له أن يأخذه ، والضمير في قوله يرجع إلى القائل المعهود في الذهن ، أي قول القائل نصرة لقولهما كذا وكذا (قلنا ليس

من ضرورته أن يجبر المودع على الدفع ، كما إذا كانت له ألف درهم وديعة عند إنسان وعليه ألف لغيره فلغريمه أن يأخذه إذا ظفر به ، وليس للمودع أن يدفعه إليه . قال وإن أودع رجل عند رجلين شيئاً مما يقسم لم يجز أن يدفعه أحدهما إلى الآخر ، ولكنهما يقتسمانه فيحفظ كل واحد منهما نصفه ، وإن كان مما لا يقسم جاز أن يحفظه أحدهما بإذن الآخر ، وهذا عند أبي حنيفة « رح » .

وكذلك الجواب عنده في المرتهنين

من ضرورته أن يجبر المودع على الدفع) يعني ليس من ضرورة جواز الاخذ استلزام جبر المودع على الدفع ، لأن الجبر ليس من ضرورات الجواز يعنى من لوازمه لانفكاكه عنه (كما إذا كان له الف درهم وديعة عند انسان وعليه) أي على المودع بالكسر (ألف بغيره فلغريمه) أي فلغريم المودع بالكسر (أن يأخذه) أي الألف (إذا ظفر به) إذا كان من جنس حقه . قيل في تأويل قوله عليه السلام لصاحب الحق يد ولسان ، أن المراد أخذ حقه إذا ظفر به (وليس للمودع أن يدفعه اليه) أي الغريم ، فدلت هذه المسألة على أن الجبر ليس من لوازم الجواز للانفكاك .

(قال) أي القدوري (وإن اودع رجل عند رجلين شيئاً مما يقسم) وهو الذي لا يتعيب بالتفريق الحسي كالمكيل والموزون وما لا يقسم هو ما يتعيب به كالعبد والدابة والثوب الواحد ونحوها (لم يجز أن يدفعه أحدهما إلى الآخر ، ولكنهما يقتسمانه فيحفظ كل واحد منهما نصفه) لأن المالك رضي بحفظها واجتماعهما على حفظ الكل متعذر فيؤمران بالقسمة ، لأن المالك قد رضي بها حيث علم بذلك ، والثابت دلالة كالثابت صريحاً . وإذا دفع أحدهما كله إلى الآخر ضمن عند أبي حنيفة رحمه الله .

(وإن كان مما لا يقسم جاز أن يحفظه أحدهما بإذن الآخر ، وهذا عند أبي حنيفة) أي هذا التفضيل عند أبي حنيفة (وكذلك الجواب عنده في المرتهنين) بأن رهن رجل

والوكيلين بالشراء إذا سلم أحدهما إلى الآخر . وقالا لأحدهما أن يحفظ بإذن الآخر في الوجهين . لهما أنه رضي بأمانتهما فكان لكل واحد منهما أن يسلم إلى الآخر ولا يضمنه كما في ما لا يقسم . وله أنه رضي بحفظهما ولم يرض بحفظ أحدهما كله ، لان الفعل متى أضيف إلى ما يقبل الوصف بالتجزى يتناول البعض دون الكل ، فوقع التسليم إلى الآخر من غير رضاء المالك فيضمن الدافع ولا يضمن القابض ، لان مودع المودع عنده لا يضمن ، وهذا

عند رجلين ما يمكن قسمته فدفع أحدهما الى الآخر ضمن عند أبي حنيفة « رح » خلافاً لهما ، ذكره في المبسوط (والوكيلين بالشراء إذا سلم أحدهما إلى الآخر) بان وكل رجل رجلين بشراء شيء فدفع اليهما مالاً مما يقسم فدفعه إلى الآخر فضاع عنده ضمن النصف ، وكذا المستصنعين والوصيين والعدلين في الرهن إذا سلم أحدهما إلى الآخر .

(وقالا لأحدهما أن يحفظ بإذن الآخر في الوجهين) يعني فيما يقسم وفيما لا يقسم (لهما) أي لأبي يوسف ومحمد رحمهما الله (أنه رضى بأمانتهما ، فكان لكل واحد منهما أن يسلم إلى الآخر ولا يضمنه ، كما فيما لا يقسم) هما قاس ما يقسم على ما لا يقسم ، والجامع وجود الرضا دلالة في الدفع لاعتماده على أمانتها.

(وله) أي ولأبي حنيفة (أنه) أي المالك (رضى بحفظهما ولم يرض بحفظ احدهما كله) أي بحفظ أحد المودعين كل المودع بالفتح (لأن الفعل متى اضيف إلى ما يقبل الوصف بالتجزي يتناول البعض دون الكل) فاذا سلم الكل إلى الآخر (فوقع التسليم إلى الآخر من غير رضى المالك فيضمن الدافع ولا يضمن القابض، لأن مودع المودع عنده لا يضمن) أي عند أبي حنيفة « رح » والدال فيهما مفتوحة (وهذا) إشارة إلى بيان الفرق بين ما يقسم وما لا يقسم .

بخلاف ما لا يقسم لانه لما أودعهما ولا يمكنهما الاجتماع عليه آناء الليل والنهار وأمكنهما المهاياة كان المالك راضياً بدفع الكل إلى أحدهما في بعض الاحوال. وإذا قال صاحب الوديعة للمودع لا تسلمها إلى زوجتك فسلمها إليها لا يضمن . وفي الجامع الصغير إذا نهاه أن يدفعها إلى أحد من عياله فدفعها إلى من لا بد منه لا يضمن ، كما إذا كانت الوديعة دابة فنهاه عن الدفع إلى غلامه ، وكما إذا كانت شيئاً يحفظ على يد النساء فنهاه عن الدفع إلى امرأته وهو محمل الأول ، لأنه لا يمكن إقامة العمل مع

(بخلاف ما لا يقسم لأنه لما اودعهما ولا يمكنهما الاجتماع عليه) أي على المودع (آناء الليل والنهار) أي ساعاتهما وهو جمع آنى على نون معنى ، ويقل آنى وآنوه (وأمكنهما المهاياة) وهي القسمة والتناوب (كان المالك راضياً بدفع الكل إلى أحدهما في بعض الأحوال) هذا ظاهر . وقال في المبسوط قول أبي حنيفة « رح » أقيس ، لأن رهناه بأمانة اثنين لا يكون رضاً بأمانة واحد ، فاذا كان الحفظ مما يتأتى منهما عادة لا يصير راضياً بحفظ أحدهما للكل .

(وإذا قال صاحب الوديعة للمودع لا تسلمها إلى زوجتك فسلمها اليها لا يضمن) لأن هذا الشرط لا يفيد فصار لغواً ، لأنه لم يكن له بد من التسليم اليها .

(وفي الجامع الصغير وإذا نهاه المودع) بكسر الدال (أن يدفعها إلى أحد من عياله فدفعها إلى من لا بد منه لا يضمن ، كما إذا كانت الوديعة دابة فنهاه عن الدفع إلى غلامه وكما اذا كانت شيئاً يحفظ في يد النساء فنهاه عن الدفع إلى امرأته) بعدم شرط الافادة كما ذكرنا (وهو محمل الأول) أي المذكور في الجامع الصغير محمل كما ذكره القدوري مطلقاً بأنه حتى لا يضمن إذا كان له منه بد ، فان كانت الوديعة شيئاً حقيقياً يمكنه استصحابه بنفسه كالخاتم ونحوه فدفعه إلى عياله ضمن (لانه لا يمكن إقامة العمل مع

مراعاة هـــذا الشرط ، وإن كان مقيداً فيلغو . وإن كان له منه بـد ضمن لان الشرط مقيد ، فإن من العيال من لا يؤتمن على المال وقـد أمكن العمل بـه مـع مراعـاة هـــذا الشرط فاعتبر وإن قال احفظها في هذا البيت فحفظهـــا في بيت آخر من الدار لم يضمن ، لأن الشرط غير مفيد ، فإن البيتين في دار واحدة لا يتفاوتان في الحرز ، وإن حفظهـــا في دار أخرى ضمن ، لأن الدارين تتفاوتان في الحرز ، فكان مفيداً فيصح التقييد .

مراعاة هذا الشرط ، وإن كان مقيداً فيلغو) لأنه شرط تناقض أصله ، فكان باطلا .

(وإن كان له منه بد ضمن) أي وإن كان للمودع منه أى من عيـاله بد ، أي فراق بأن كان فيهم من لا يوثق بأمانته فنهاه رب المال عن الدفع اليه ضمن (لأن الشرط مقيد ، فان من العيال من لا يؤتمن على المال ، وقد امكن العمل به) أى بتعين المودع عدم الدفع إلى من في عياله (مع مراعاة هذا الشرط فاعتبر) لأنه شرط مفيد ، وامكن العمل به والشرط المفيد إنما يلغو إذا لم يمكن العمل به . وعلى هذا إذا نهى عن الدفع إلى امرأته وله امرأة اخرى امينة أو عن الحفظ في الدار وله اخرى فخاف فهلك ضمن . وإذا نهى عن الدفع إلى امرأته وليس له سواها فخالف لا يضمن ، لأن الاولى غير مقيد والثاني غـــير مقدور العمل .

(وإن قال احفظها في هذا البيت فحفظهـــا في بيت آخر من الدار لم يضمن ، لأن الشرط غير مفيد ، فان البيتين في دار واحدة لا يتفاوتان في الحرز) غالبـــاً ، حتى لو تفاوتا ضمن . وقالت الثلاثة إن نقلها إلى بيت دونه يضمن ، ولو نهاه عن الحفظ في غـــير هذا البيت فعندهم يضمن في الحفظ في بيت آخر سواء كان مثله أو دونه لمخـــالفته أمر صاحبها ، وعندنا في الأمر وفي النهى لا يضمن إذا لم تتفاوت البينات (وإن حفظها في دار أخرى ضمن ، لأن الدارين يتفاوتان في الحرز فكان) أى الشرط (مفيداً فيصـــح التقييد) لإمكان العمل به .

ولو كان التفاوت بين البيتين ظاهراً بأن كانت الدار التي فيها البيتان عظيمة والبيت الذي نهاه عن الحفظ فيه عورة ظاهرة صلح الشرط . قال ومن أودع رجلاً وديعة فأودعها آخر فهلكت فله أن يضمن للأول وليس له أن يضمن الآخر ، وهـــذا عند أبي حنيفة « رح » وقالا له أن يضمن أيهما شاء ، فـــإن ضمن الأول يرجع على الآخر ، وإن ضمن الآخر رجع على الأول .

(ولو كان التفاوت بين البيتين ظاهراً بان كانت الدار التي فيها البيتان عظيمه والبيت الذي نهاه عن الحفظ فيه عورة ظاهرة) أي خللاً ظاهراً ، وكل أمر يتخوف منه فهو عورة ، وكذلك كل أمر يستحق منه ومنه عورة الإنسان وعورات الإنسان وعورات الجبـــال شقوقها ، ويقال عورة المـكان إذا بدا منه موضع خلل ، أو كذلك أعور الفارس ورجل أعور مختل العين (صح الشرط) لكونه مفيداً .

(قال) أي في الجامع الصغير (ومن أودع رجلاً وديعة فأودعها) أي المودع أودعها رجلاً (آخر فهلكت فله) أى فللهالك (أن يضمن للاول) أى المودع الأول (وليس له أن يضمن الآخر) أى مودع المودع (وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله) وبه قال أحمد « رح » في رواية ، ثم المودع يضمن بالوديعة إلى غيره بلا خلاف عند اكثر الفقهاء ، وعند ابن أبي ليلى لا يضمن . وفي الذخيرة إنما يضمن المودع الأول بالإيداع إذا هلكت الوديعة بعد أن يفارق الأول الثاني . أما لو هلكت قبل المفـــارقة لا يضمن بمجرد الدفع اليه ، وإنما يضمن بالتضييـع .

(وقالا له أن يضمن أيهما شاء) أي المودع أو مودع المودع ، وبـــه قال الشافعي ومالك وأحمد « رح » في رواية (فإن ضمن الأول لا يرجع على الآخر ، وإن ضمن الآخر رجع على الأول) أي فإن ضمن المالك المودع الآخر رجع المودع الآخر على المودع الأول لأنه مغرور من جهة فإنه أودعه على أنه ملكه وانه لا يلحقه ضمان بالهلاك في يده ، فإذا لحقه الضمان رجع عليه .

لهما أنه قبض المال من يد ضمين فيضمنه كمودع الغاصب ، وهذا لأن المالك لم يرض بأمانة غيره فيكون الأول متعدياً بالتسليم ، والثاني بالقبض فيخير بينهما ، غير أنه إن ضمن الأول لم يرجع على الثاني ، لأن ملكه بالضمان فظهر أنه أودع ملك نفسه . وإن ضمن الثاني رجع على الأول لأنه عامل له فيرجع عليه بما لحقه من العهدة ، وله أنه قبض المال من يد أمين ، لأنه بالدفع لا يضمن ما لم يفارقه لحضور رائه فلا تعدي منهما ، فإذا فارقه فقد ترك الحفظ الملتزم فيضمنه بذلك . وأما الثاني فمستمر على الحالة الاولى ولم يوجد منه صنع فلا يضمنه كالريح إذا

(لهما) أي لأبي يوسف ومحمد رحمهما الله (انه) أي أن المودع الثاني (قبض المال من يد ضمين فيضمنه كمودع الغاصب) ومودع المشترى (وهذا) توضيح لوجه زمان الثاني (لأن المالك لم يرض بأمانة غيره ، فيكون الأول متعدياً بالتسليم والثاني بالقبض فيخير) أي المالك (بينهما) أي بين تضمين الأول وبين تضمين الثاني (غير انه إذا ضمن الأول لم يرجع) أى الأول (على الثاني لأنه ملك بالزمان فظهر أنه أودع ملك نفسه وإن ضمن الثاني رجع على الأول لأنه عامل له) في القبض والحفظ (فيرجع عليه بما لحقه من العهدة) وهو الضمان .

(وله) أى ولأبي حنيفة « رح » (أنه) أي أن المودع الثاني (قبض المال من يد أمين لأنه) أي المودع الاول (بالدفع لا يضمن ما لم يفارقه لحضور رائه فلا تعدى منهما) أي من المودع الأول والمودع الثاني ما داما مجتمعين (فإذا فارقه) أي الأول الثاني (فقد ترك الحفظ الملتزم فيضمنه بذلك) أي بسبب تركه الحفظ الملتزم (وأما الثاني) أي المودع الثاني (فمستمر على الحالة الأولى) وهو القبض من امين (لم يوجد منه صنع فلا يضمنه كالريح إذا

ألقت في حجره ثوب غيره. قال ومن كان في يده ألف فادعاها رجلان كل واحد منهما أنها له أودعها إياه وأبى أن يحلف لهما فالالف بينهما وعليه ألف أخرى بينهما ، وشرح ذلك أن دعوى كل واحد صحيحة لاحتمالها الصدق فيستحق الحلف على المنكر بالحديث ويحلف لكل واحد على الإنفراد لتغاير الحقين ، وبأيهما بدأ القاضي جاز لتعذر الجمع بينهما وعدم الاولوية ، ولو تشاحا أقرع بينهما تطيباً لقلبهما ونفياً لتهمة الميل .

ألقت في حجره ثوب غيره) فهلكت حيث لا يضمن ، لانه لم يوجد منه صنع بخلاف مودع الغاصب ، لأن الأول بمجرد الدفع متعد والثاني بالأخذ .

(قال) أى في الجامع الصغير (ومن كان في يده ألف ادعاها رجلان كل واحد منهما) أى ادعى كل واحد منهما (انها) أي الألف (له أودعها إياه وأبى) أى امتناع صاحب اليد (أن يحلف لهما فالألف بينهما) وفي بعض النسخ فالألف لهما (وعليه) أي على صاحب اليد (ألف أخرى بينهما) أي بين المودعين . وصورة المسألة في الجامع محمد عن يعقوب عن أبي حنيفة في ألف درهم في يدي رجل ادعاها رجلان كل واحد منهما يدعي أنه أودعها إياه فأبى أن يحلف لهما قال تكون هذا الألف بينهما ويغرم ألفاً أخرى فيكون بينهما نصفين انتهى .

وقال الفقيه أبو الليث في شرح الجامع الصغير ، وفي قول ابن أبي ليلى « رح »لا يجب عليه إلا دفع الألف بعينها لأنه لم يأخذ إلا الفاً واحدة فلا يجب عليه الف أخرى .

(وشرح ذلك) أى الحكم المذكور (ان دعوى كل واحد صحيحة لاحتمالها الصدق فيستحق الحلف على المنكر بالحديث) وهو قوله عليه السلام البينة على المدعي واليمين على من أنكر (ويحلف لكل واحد على الانفراد لتغاير الحقين) لأن كل واحد منهما يدعي الفاً (وبأيهما بدأ القاضي جاز لتعذر الجمع بينهما وعدم الأولوية) لعدم المرجح (ولوتشاحا) أي لو تنازعا في البداية بالحلف (أقرع بينهما تطيباً لقلبهما ونفياً لتهمة الميل) أي ميل

ثم إن حلف لاحدهما يحلف للثاني ، فإن حلف فلا شيء لهما لعدم الحجة ، وإن نكل أعني للثاني يقضى له لوجود الحجة . وإن نكل للاول يحلف للثاني ولا يقضي بالنكول بخلاف ما إذا أقر لاحدهما ، لان الإقرار حجة موجبة بنفسه فيقضي به ، أما النكول إنما يصير حجة عند القضاء فجاز أن يؤخره ليحلف للثاني فينكشف وجه القضاء .

القاضي إلى أحدهما (ثم إن حلف لاحدهما يحلف للثاني فان حلف لا شيء لهما لعدم الحجة) يعني من جهة المدعين (وإن نكل أعني للثاني) يعني بعدما حلف للاول (يقضى له) أي للثاني (لوجود الحجة) وهي النكول (وإن نكل للأول يحلف للثاني ولا يقضى بالنكول) يعني للأول ، لأن الثاني ربما يقول إنما نكل لانك بدأت بالاستحلاف فلا تنقطع الخصومة بينهما .

فحاصل المسألة على أربعةاوجه ، لأنه إما أن يحلف لكل منهما أو يحلف للأول منهما وينكل للثاني أو بالعكس ، او ينكل لهما فان حلف لهما لا شيء لهما . وان حلف للاول ونكل للثاني فالألف له ببدله أو بإقراره ، وإن نكل للأول وحلف للثاني فالالف للأول ولا شيء للثاني ، وإن نكل لهما فالألف بينهما وعليه الف آخر بينهما ، لأننكوله أوجب لكل واحد منهما كل الألف ليس معه غيره .

(بخلاف ما إذا أقر لأحدهما ، لأن الإقرار حجة موجبة بنفسه فيقضى به ، أما النكول إنما يصير حجة عند القضاء) بإنزاله مقراً أوباذلاً ، فحين نكل الأول لم يثبت الحق له (فجاز أن يؤخر ليحلف للثاني فينكشف وجه القضاء) فإنه لا يقضى بالألف للأول او الثاني أولهما جميعاً ، لأنه حلف للثاني فلا شيء له والألف كله للأول ، ولو نكل للثاني أيضاً كان الألف بينهما فلذلك يتوقف على القضاء حتى يظهر وجهه ، وهذا بخلاف الإقرار لأحدهما فانه يقضى بالألف للمقر له لانه حجة موجبة بنفسه فلا يتوقف على القضاء .

ولو نكل للثاني أيضاً يقضي بينهما نصفين على ما ذكر في الكتاب لاستوائهما في الحجة ، كما إذا أقاما البينة ويغرم ألفاً أخرى بينهما ، لانه أوجب الحق لكل واحد منهما ببذله أو بإقراره وذلك حجة في حقه وبالصرف إليهما صار قاضياً نصف حق كل واحد منهما بنصف حق الآخر فيغرمه. ولو قضى القاضي للأول حين نكل ، ذكر الإمام البزدوي « رح » في شرح الجامع الصغير أنه يحلف للثاني ، فإذا نكل يقضي بينهما لان القضاء للأول لا يبطل حق الثاني ، لانه يقدمه إما بنفسه أو بالقرعة ، وكل ذلك لا يبطل حق الثاني .

(ولو نكل للثاني أيضاً يقضى بينهما نصفين على ما ذكره في الكتاب لاستوائهما في الحجة ، كما إذا أقاما البينة ويغرم الفاً اخرى بينهما ، لانه اوجب الحق لكل واحدمنهما ببذله) أي لان المودع المنكر اوجب الحق لهما ببذله عند أبي حنيفة « رح » لان النكول بذل عنده (أو بإقراره) أي عندهما ، لان النكول إقرار عندهما (وذلك) أي الإقرار أو البذل (حجة في حقه) أى في حق المودع المنكر (وبالصرف اليهما) أي يصرف المودع الالف إلى المدعيين (صار قاضياً نصف حق كل واحد منهما بنصف حق الآخر فيغرمه) أي فيغرم الالف الذي صرف اليهما فيصير الفان (فلو قضى القاضي للأول حين نكل) مع انه ليس له ذلك .

(ذكر الإمام علي البزدوي رحمه الله في شرح الجامع الصغير انه يحلف للثاني) أراد أنه لا ينفذ قضاؤه فيحلف الثاني (وإذا نكل يقضي بينهما) بالالف ويغرم الف أخرى بينهما (لان القضاء للأول لايبطل حق الثاني لانه) أى لان القاضي (يقدمه) أى يقدم الأول للحلف (إما بنفسه) أراد باختياره لا لدليل أوجب ذلك (أو بالقرعة) لتعذر الجمع بينهما (وكل ذلك) أي من تقديمه الاول باختياره أو بالقرعة (لا يبطل حق الثاني) لانه

وذكر الخصاف انه نفذ قضاءه للأول ووضع المسألة في العبد ، وإنما نفذ لمصادفته محل الإجتهاد ، لان من العلماء من قال يقضي للأول ولا ينتظر لكونه إقرار دلالة ، ثم لا يحلف للثاني ما هذا العبد لي ، لان نكوله لا يفيد بعدما صار للأول ، وهل يحلفه بالله ما لهذا عليك هذا العبد ولا قيمته وهو كذا وكذا ولا أقل منه ، قال ينبغي أن يحلفه عند محمد « رح » خلافاً لأبي يوسف « رح » بناء على أن المودع إذا أقر بالوديعة ودفع بالقضاء إلى غيره

فعل ما ليس له فعل ، ثم أن الإمام علي البزدوي لم يذكر انه إذا حلف للثاني ماذا حكمه وذكر أخوه أبو الليث في شرح الجامع الصغير ، فان حلف يقضي بنكوله للاول ، وإن نكل له ايضاً يقضي بنكوله لهما .

(وذكر الخصاف انه نفذ قضاؤه للأول) يعني يكون كل الالف له ولا يكون بينهما (ووضع) أي الخصاف رحمه الله (المسألة في العبد) بأن كان في يده عبد فادعاه رجلان كل واحد أنه له وأودعه إياه (وانما نفذ) أى قضاء القاضي الاول (لمصادفته محل الاجتهاد ، ولان من العلماء من قال يقضى للأول) أى بالنكول (ولا ينتظر) أى القاضي (لكونه) أى لكون النكول (إقرار دلالة) لان امتناعه عن اليمين يدل على الإقرار (ثم لا يحلف للثاني) أى للمدعي الثاني (ما هذا العبد لي) يعني لا يحلفه بالاقتصار على لفظ العبد لي ، بل يضم اليه ولا قيمته (لان نكوله لا يفيد بعدما صار للأول) أراد انه لما أقر به للأول وثبت به حق الاول فلا يفيد إقراره به للثاني ، لانه لا يمكنه دفعه إلى الثاني بعد ذلك (وهل يحلفه بالله ما لهذا عليك هذا العبد ولا قيمته وهي كذا وكذا ولا أقل منه) .

(قال) أي الخصاف (ينبغي أن يحلفه) على هذا الوجه (عند محمد رحمه الله خلافاً لابي يوسف بناء على أن المودع إذا أقر بالوديعة) لانسان (ودفع بالقضاء إلى غيره) أى

يضمنه عند محمد « رح » خلافاً له . وهذه فريعة تلك المسألة ، وقد وقع فيه بعض الإطناب والله أعلم .

غير المقر له (يضمنه عند محمد) أي يضمن ما أقر من الوديعة لانه أقر بالتزام الحفظ ، فمتى أقر به الانسان فقد سلطه على الاخذ فصار تاركاً للحفظ الواجب عليه بالعقد فضمن ، كما لو دل على فاعل السرقة .

(خلافاً له) أي لابي يوسف ، لان بمجرد الإقرار لم يفت على الثاني شيء ، وانما الفوات بالدفع بإكراه القاضي فلا يكون موجباً للضمان، وهذا الخلاف كما علمت فيما إذا كان الدفع بالقضاء . وأما إذا كان بلا قضاء بأن أقر بالوديعة لإنسان ثم قال أخطأت، بل هي هذا ، كان عليه أن يدفعها إلى الأول ، لأن إقراره بها صحيح ورجوعه بعد ذلك باطل ويضمن للآخر قيمتها لأنه صار مستهلكاً على الثاني لإقراره بها للأول ، فيضمن قيمتها ، وهذا بالإتفاق .

فإن قلت ما وجه بناء المسألة المتقدمة على المسألة الثانية ، قلت لأن النكول إقرار فبالإقرار بالوديعة ضمن عند محمد «رح» وكذا بالنكول فيأتي التحليف . وعند أبي يوسف لا يضمن ثمة بالإقرار وكذا هنا بالنكول فلا فائدة في التحليف .

(وهذه) أي هذه المسألة التي ذكرناها من تحليف القاضي المودع الثاني بعد قضاته للأول ما لهذا عليك هذا العبد ولا قيمته (فريعة تلك المسألة) يعني المسألة التي اختلف أبو يوسف ومحمد «رح» فيها في الضمان وعدمه، وإنما قال بالتصغير إشارة إلى اختصار تلك المسألة وكثرة فروع المسألة التي اختلف فيها أبو يوسف ومحمد « رح » وأشار إلى ذلك بقوله (وقد وقع فيه بعض الإطناب والله أعلم) أي التطويل ، يعني دفع الاطناب في الأصل في باب إقرار الرجل بالمال ، وكان ينبغي أن يقول فيها لأن مسألة مؤنث ، ولكن التذكير إما باعتبار المذكور وإما تسامحاً ، فإن الفقهاء يتسامحون في العبارات .

ومن جملة تفريعات تلك المسألة ما لو قال المودع اودعتها أحدكما ولا ادرى أيكما ، فالمدعيان إذا أصطلحا على أخذها فلهما ذلك والألف بينهما وليس للمودع الامتناع عن تسليم الألف إليهما ، وإن لم يصطلحا ويدعي كل منهما ان الالف له فانه يحلف لكل واحد .

وقال الشافعي واحمد « رح » يكفي يمين واحدة ثم إن حلف لهما قطع دعواهما في قول أبي يوسف ، وفي قول محمد لهما أن يصطلحا بهذا الاستحلاف على أخذ الألف بينهما . ولو نكل قضى بألف بينهما وضمن الفا أخرى بينهما . وعند الشافعي واحمد « رح » لا يضمن الفا أخرى ، بل يقرع بينهما عند أحمد أو يصطلحا عند الشافعي « رح » وإن حلف لأحدهما ونكل للآخر قضى بألف للذي نكل ولا يبيع للذي حلفة ، وكذا لو قال على ألف هذا أو هذا أو كل واحد يدعيها فهو على هذه الوجوه والله أعلم .

* * *

كتاب العارية

قال العارية جائزة ، لانه نوع إحسان وقد استعار النبي عليه السلام دروعاً من صفوان

(كتاب العارية)

وجه المناسبة بين الكتابين أن كلا منهما أمانة ، ويجوز في بابها التخفيف والتشديد أفصح . قال في المغرب هي نسبة إلى العارة اسم من الإعارة . وقال الجوهري كأنها منسوبة إلى العار ، لأن طلبها عار وعيب والعمارة مثل العارية ، وقد خطأه على هذا،لأنه ﷺ باشرها على ما يجيء عن قريب،وقيل هي مشتقة من التعاور وهو التناوب،فكأنه جعل للمعير نوبة في الانتفاع فيملكه على ان تعود النوبة إليه بالاسترداد **أي شيء شاء. وهذا** كانت الإعارة في المكيل والموزون قرضاً ، لأنه لا ينتفع بها إلا باستهلاك العين فلا تعود النوبة اليه في ملك العين ليكون عارية حقيقة ، وانما تعود النوبة اليه في مثلها ، وإنما قدم بيان الجواز على تفسيرها لشدة تعلق الفقه به .

(العارية جائزة لأنه نوع إحسان) ﴿ وما على المحسنين من سبيل ﴾ فيكون جائزاً خلافاً لقوم في أنها واجبة (قال) أى القدوري (وقد استعار النبي ﷺ دروعاً من صفوان) أخرج أبو داود والنسائي عن شريك عن عبد العزيز بن رفيع عن اصبة بن صفوان ابن أمية عن ابيه صفوان بن أمية أن النبي ﷺ استعار منه درعاً يوم حنين فقال أغصب يا محمد،قال بل عارية مضمونة . ورواه أحمد في مسنده والحاكم في المستدرك وسكت عنه وقال له شاهد صحيح ، ثم أخرجه عن خالد الحذاء عن عكرمة عن ابن عباس أن رسول الله ﷺ استعار من صفوان بن أمية أدرعاً وسلاحاً في غزوة خيبر ، فقال يا رسول الله ﷺ ... أو استعار من صفوان بن أمية أدرعاً وسلاحاً في غزوة حنين فقال يا رسول

وهي تمليك المنافع بغير عوض . وكان الكرخي « رح » يقول هي إباحة الإنتفاع بملك الغير ، لانها تنعقد بلفظة الإباحة ولا يشترط فيه ضرب المدة ، ومع الجهالة لا يصح التمليك ، وكذلك يعمل فيه النهي

الله ﷺ أعارية مؤداة ، قال نعم عارية مؤداة ، وقال حديث صحيح على شرط مسلم . وأخرجه الدارقطني ثم البيهقي عن اسحاق بن عبدالله حدثنا خالد بن عبدالله الحدابة...

فإن قلت في الروايتين إشكال ، لأن في احدهما قال بل عارية مضمونه ، وفي الاخرى قال عارية مؤداة . قلت قال صاحب التنقيح هذا دليل على أن العارية منقسمة إلى مؤداة ومضمونة ، قال ويرجع ذلك إلى المعير ، فإن شرط الضمان كانت مضمونة وإلا فهي أمانة قال وهو مذهب . وعنه انها مضمونة بكل حال . وقال أبو حنيفة « رح » لا يضمن إلا إذا فرط فيها ، وسيجيء تحرير الكلام فيه عن قريب إن شاء الله تعالى . ومقصود المصنف بهذا هاهنا إثبات جواز العارية فقط ، وأما بيان حكمها في الضمان وعدمه فسيقوله عن قريب .

(وهي تمليك المنافع) جنس يتناول الإجارة وغيرها ، وقوله (بغير عوض) يخرجها (وكان الكرخي يقول هي إباحة الانتفاع بملك الغير) ذكر الضمير مع كون العارية مؤنثة إما باعتبار المذكور ، وإما باعتبار أن العارية في الأصل إما مصدر كالعاقبة والكاذبة أو اسم للمصدر ، وكل منهما يستوى فيه التذكير والتأنيث وبقوله قال الشافعي وأحمد « رح » واستدل الكرخي على ذلك بأربعة أوجه الأول: هو قوله (لأنها تنعقد بلفظة الإباحة) فإن قال المعير ابحت لك هذا الثوب مثلاً يكون عارية ، والتمليك لا ينعقد بلفظة الإباحة .

الثاني : هو قوله (ولا يشترط فيه ضرب المدة ، ومع الجهالة لا يصح التمليك ، وكذلك يعمل فيه النهى) أي لا يشترط في العارية بيان المدة والتمليك يقضي أن تكون المنافع معلومة ، لأن تمليك المجهول لا يصح ولا يعلم بضرب المدة وهو ليس بشرط في العارية ، فكان تمليكاً للمجهول .

ولا يملك الإجارة من غيره . ونحن نقول انه ينبىء عن التمليك ، فإن العارية من العرية وهي العطية ، ولهـذا ينعقد بلفظة التمليك

الثالث : تمليكاً لما ملكه كالأجير لا يملك نهى المستأجر عن الانتفاع .

الرابع : هو قوله (ولا يملك الإجارة من غيره) أي لا يملك المستعير إجـــارة ما استعاره ولو كان تمليكاً جـــاز له ذلك ، كما يجوز للمستأجر أن يؤجر ما استأجره لتملكه المنافع .

(ونحن نقول انه) أي انعقد العارية ، أو يكون وجه التذكير من الضمير ما ذكرنا الآن (ينبىء عن التمليك ، فان العارية من العرية وهي العطية) فاذا كانت العارية عطية يكون تمليكاً (ولهذا ينعقد بلفظة التمليك) مثل أن يقول ملكتك منافع هـذه الدار شهراً ، أو جعلت لك سكنى داري هذا شهراً ، ذكره في المبسوط. واذا انعقدت بلفظة التمليك يكون تمليكاً . وفي قوله فان العارية من العرية مناقشة لأنه أراد أنها مشتقة من العرية كما قال الاترازي وليس كذلك ، فان العارية أجوف واوي ، ولهذا ذكره اهـل اللغة في باب عور ، والعرية ناقص وصرف العلة في لامه فلذلك ذكره أهل اللغة في باب عور ، والاشتقاق أن تجد بين اللفظين تناسباً في اللفظ والمعنى والمراد من التناسب ان يكون في الحروف والترتيب كضرب،فانه مشتق من الضرب والاشتقاق بين عوز وعرو.

فإن قلت هذا الذي ذكرته في الاشتقاق الصغير ، وأما الاشتقاق الكبير فلا يشترط فيه إلا التناسب في اللفظ دون الترتيب كجبذ من الجذب . قلت المراد من الاشتقاق حيث اطلق هو الصغير ، ولئن سلمنـــا أن بينهما تناسباً في اللفظ ، ولكن لا نسلم أن بينهما اشتقاقاً كبيراً أيضاً لعـــدم المناسبة في المعنى ، فان مادة العارية تدل على التناوب أو التداول ، ومادة العارية تدل على الإلمام والاتيان ، يقال عروت عرواً إذا ألممت بـــه وأتيته طالباً فهو معرور ، فلأن تعروه الاضياف ، وتعتريه أى تغشاه ، وإن اراد أن معنى العارية مأخوذ من معنى العرية فليس كذلك لما نبين لك من اختلاف المعـاني في أصل المادة ، لأن العرية هي النخلة يجعل صاحبها ثمرها عاماً لرجل محتاج فيعودها المحتاج أي يأتيها ، وهذا معنى المعطية .

والمنافع قابلة للملك كالأعيان . والتمليك نوعـــان بعوض وبغير عوض، ثم الأعيان تقبل النوعين، فكذلك المنافع ، والجامع بينهما دفـع الحاجـــة

وتفسير المصنف إياها بقوله وهي العطية ليس تفسيراً بحسب اللغة ، ولكن لما كان فيها الأخذ والعطاء اطلق عليها العطية وهي فعيله بمعنى مفعولة ، وانما أدخلت فيها الهاء لأنها افردت فصارت في عداد الأسماء مثل النطيحة والاكيلة ، ألا ترى أنك إذا أضفت لها النخلة تقوله نخلة عرى فلا يحتاج إلى الهاء ، لأن الفعيل إذا كان بمعنى المفعول يستوي فيه المذكر والمؤنث ، والمذكر أصل وأولى . وإن اراد أن حكم العارية كحـكم العرية فليس كذلك ، لأن المعير له أن يرجع في العارية متى شاء والعرى ليس له ذلك .

(والمنافع قابلة للملك كالأعيان) هذا جواب عن سؤال مقدر تقريره أن يقال المنافع إعراض لا ينتفي فلا تقبل التمليك ، فأجاب به ثم بنى على ذلك قوله (والتمليك نوعان بعوض وبغير عوض) وهذا لا نزاع فيه (ثم الأعيان تقبل النوعين) أي تمليك العـــين بعوض كالبيع وتمليكها بغير عوض كالهبة والصدقة (فكذلك المنافع) تقبل النوعـــين بعوض كالإجارة ، وبغير عوض كالعارية (والجامع بينهما دفع الحاجه) أي الجامـع بين الاعيان والمنافع دفع حاجة الناس إلى نوع التمليك ، فكما انهم محتاجون إلى نوع التمليك في الأعيان ، فكذلك محتاجون إلى ذلك في المنافـع . وما قيل ان هـــذا استدلال في التعريفات وهي لا تقبله ، لان المعرف إذا عرف شيئاً بالجامع والمنافع فان سلم من النقض فذلك ، وان نقض بكونه غير جامع او مانـــع يجاب عن النقض ان أمكن . وأمـــا الإستدلال فلأنه يكون في التصديقات وايضاً فإن هذا قياس في الموضوعات وهو غـــير صحيح ، لأن من شرط القياس تعدية الحـكم الشرعي الثابت بالنص بعينه إلى فرع هو نظيره ولا نص فيه ، والموضوعات ليست بحكم شرعي ، وموضعه أصول الفقه .

وأيضاً من شرط القياس أن يكون الحكم الشرعي متعدياً إلى فرع نظيره ، والمنافـع ليست نظير الأعيان ، فجوابه أن هذا التعريف إما لفظي أو رسمي ، فإن كان لفظياً فما

ولفظة الإباحة استعيرت للتمليك كما في الإجارة فإنها تنعقد بلفظة الإباحة وهي تمليك ، والجهالة لا تفضي إلى المنازعة لعدم اللزوم ، فلا تكون ضائرة ، ولأن الملك إنما يثبت بالقبض وهو الانتفاع ، وعند ذلك لا جهالة ، والنهي منع عن التحصيل فلا يتحصل المنافع على ملكه، ولا يملك الاجارة لدفع زيادة الضرر

ذكر فلبيان المناسبة لا للاستدلال على ذلك وإن كان رسمياً لما ذكر بيان بخواص يعرف بها العار ، ولكن لو عرف العارية بأنها عقد على المنافع بغير عوض وجعل المذكور في الكتاب حكمها يسلم من الشكوك .

(ولفظة الإباحة استعيرت التمليك) هذا جواب عن قول الكرخي إنها تنعقد بلفظ الإباحة ، ووجه ذلك انه مجاز (كما في الإجارة فإنها تنعقد بلفظة الإباحة وهي تمليك)أي والحال انها تمليك (والجهالة لا تفضى إلى المنازعة) هذا جواب عن قوله ومع الجهالة لا يصح التمليك ، ووجهه أن الجهالة المانعة هي المفضية إلى النزاع ، وهذه ليست كذلك (لعدم اللزوم) لأن المعير له ان يفسخ العقد في كل ساعة لكونها غير لازمة (فلا تكون) أي الجهالة (ضائرة) يعني مفضية إلى النزاع ، بخلاف الإجارة لأنها عقد معاوضة وتعلقت صفة اللزوم بها فتفضى الجهالة فيها إلى النزاع .

(ولأن الملك انما يثبت بالقبض) هذا وجه آخر ، أي الملك في العارية يثبت بقبضها (وهو الانتفاع ، وعند ذلك) أي عند القبض (لا جهالة) لأن عند القبض معلوم،فالجهالة قبله لا تفضي إلى المنازعة ، وهذا لو علمت المنفعة بالتسمية في الإجارة لا يشترط فيها ضرب المدة كما في المصبغ والخياطة (والنهى منع عن التحصيل) هذا جواب عن قوله وكذلك يعمل فيه النهى . ووجهه إن عمل النهى ليس باعتبار أنه ليس في العارية تمليك من حيث أنه بالنهى يمنع المستعير بحق التملك (فلا يتحصل المنافع على ملكه) لكونه دليل الرجوع والاسترداد لإبطال الملك بعد ثبوته .

(ولا يملك بالإجارة) جواب عن قوله فلا يملك الإجارة من غيره ، يعني إنما لا يملك الإجارة (لدفع زيادة الضرر) أي بالمعير ، لأنه ملكها على وجه يتمكن من الاسترداد متى

على ما نذكره إن شاء الله تعالى . قال وتصح بقوله أعرتك لأنـــه صريح فيه ، وأطعمتك هذه الأرض لأنه مستعمل فيه ، ومنحتك هذا الثوب ، وحملتك على هذه الدابة إذا لم يرد به الهبة لأنها لتمليك العين ، وعند عدم إرادته الهبـــة يحمل على تمليك المنافع تجوزاً .

شاء ، فلو صحت الإجارة منه لم يتمكن من الاسترداد (على ما نذكره إن شاء الله تعالى) أراد به عند قوله وليس للمستعير أن يؤجر ما استعاره .

(قال) أي القدوري (وتصح بقوله أعرتك لأنه صريح فيه) أي حقيقـة في عقد العارية (وأطعمتك هذه الأرض لأنه مستعمل فيه) أراد أنه مجاز في تمليك المنفعة ، لأن الطعام إذا أضيف إلى ما يطعم عينه يراد به تمليك عينه وإن أضيف إلى ما لا يطعم عينه كالأرض يراد به أكل غلتها إطلاقاً لإسم المحل على الحال . قيـــل في عبارته نظر لأنه إذا أراد بقوله مستعمل أنه مجاز فهو صريح لأنه مجاز متعارف ، والمجاز المتعارف صريح كما عرف في الأصول فلا فرق إذا بين العبارتين ، وأجيب بأن كليهما صريح لكن أحدهما حقيقة والآخر مجازاً ، فأشار إلى الثاني بقوله مستعمل ، أي مجاز ليعلم أن الآخر حقيقة.

(ومنحتك هذا الثوب) أى أعطيتك ، لأن منح معناه أعطى ، ومنه المنحة وهي الناقة أو الشاة يعطي الرجل الرجل ليشرب لبنها ثم يردها إذا ذهب درها ، ثم كثر حتى قيل في كل من أعطى شيئاً منح (وحملتك على هذه الدابة إذا لم يرد به الهبـة) أي بقوله هذا أعني حملتك على هذه الدابة ، وقوله منحتك هذا الثوب . قـال الشيخ حافظ الدين كان ينبغي أن يقول إذا لم يرد بهما بدليل التعليل ، ثم أجاب بأن الضمير يرجع إلى المذكور قلت المذكور شيئان أحدهما قوله ومنحتك هذا الثوب والآخر حملتك على هـــذه الدابة (لأنهما) أى لأن قوله منحتك هذا الثوب وحملتك على هذه الدابة (لتمليك العين) يعني حقيقة (وعند عدم إرادته الهبة يحمل على تمليك المنافـــع تجوزاً) أي مجـاز من حيث العرف العام .

واستشكل حافظ الدين هنا أيضاً من وجهين الأول : انه جعل هذين اللفظين حقيقة

قال وأخدمتك هذا العبد لأنه أذن له في استخدامه ، وداري لك سكنى لأن معناه سكناها لك ، وداري لك عمري سكنى لأنه جعل سكناها له مدة عمره . وجعل قوله سكنى تفسيراً لقوله لك لأنه يحتمل تمليك المنافع فحمل عليه بدلالة آخره

لتمليك العين ، ومجازاً لتمليك المنفعة . ثم ذكر في كتاب الهبة في بيان الفاظها وحملتك على هذه الدابة إذا نوى بالحملان الهبة . وعلل بأن الحمل هو الأركان حقيقة فيكون عارية لكنه يحتمل الهبة ، وهذا تناقض ظاهر .

والثاني : أنهما لما كان التمليك حقيقة والحقيقة تزاد باللفظ بلا نية عندهم فعند عدم إرادة الهبة لا يحمل على تمليك المنفعة بل على الهبة . وتحدى الأترازي بالجواب بقوله نعم إن لفظ حملتك لايدل على الإركاب لغة ، ولكن يدل على التمليك عرفاً ، يقال حمل الأمير فلاناً ويراد التمليك ويستعمل للعارية أيضاً ، قال تعالى ﴿ إذا ما أتوك لتحملهم ﴾ أى لتركبهم ، فإذا نوى العارية أو الهبة كان كما نوى ، وإن لم ينو شيئاً كان عارية لانباء المتيقن بها . قلت هذا جواب عن الاستشكال الثاني على أنه يدل على أن المصنف « رح » مال إلى النية لما فقدت يحمل اللفظ على اولى الاحتمالين وهو تمليك المنفعة ، وهذا خلاف قاعدة الأصول .

(قال وأخدمتك هذا العبد لأنه أذن له في استخدامه) وذلك يكون عارية (وداري لك سكنى ، لأن معناه سكناها لك) فإذا كان معناه هذا يكون عارية (وداري لك عمري سكنى ، لأنه جعل سكناها له مدة عمره ، وجعل قوله سكنى تفسيراً لقوله لك) لأنه منصوب على التميز من قوله لك (لأنه) أى لأن قوله لك (يحتمل تمليك المنافع) كما يحتمل تمليك العين ، فإذا ميزه تيقنت المنفعة (فحمل عليه) أى على تمليك المنافع (بدلالة آخره) أى آخر الكلام ، وهذا حمل المحتمل على المحكم لأنه سكنى في العارية .

قال وللمعير أن يرجع في العارية متى شاء لقوله عليـــه السلام المنحة مردودة والعارية مؤداة

(قال) أي القدوري (وللمعير أن يرجع في العارية متى شاء) فسواء كانت العاريه مطلقة أو مؤقته . وقال مالك لا يجوز الرجوع في الموقتة قبـــل مضى الوقت فيكون حكمها عنده كالإجارة . وفي الجواهر اذا قال اعني بغلامك أو ثورك في حرثي يومـــاً أو يومين فليس بعارية ، بل يرجع إلى حكم الإجارة وكل ما كان من هـــذا القبيل فحكمه حكم الإجارة في الصحة والفساد (لقوله ﷺ المنحة مردودة والعارية مؤداة) هـــذا الحديث أخرجه أبو داود عن اسماعيل بن عباس عن شرحبيل بن مسلم عن أبي أمامة قال سمعت رسول الله ﷺ يقول إن الله أعطى كل ذي حق حقه فلا وصية لوارث ، إلى أن قال العارية مؤداة والمنحة مردودة . وقال الترمذي حديث حسن .

وأخرجه ابن حبان في صحيحه عن الجراح بن مليح البهراني أخبرنا حاتم بن حريث الطائي سمعت أبا أمامة يقول قال رسول الله ﷺ العـــارية مؤداة والمنحة مردودة . وأخرجه الطبراني في معجمه ، وروى هذا الحديث أيضاً من الصحـــابة عبدالله بن عمر وعبدالله بن عباس وانس رضى الله عنهم . أما حديث عبدالله بن عمر فأخرجه البزار في مسنده حدثنا عبدالله بن عمر عن زيد بن اسلم عن ابن عمر قال قال رسول الله ﷺ الجارية مؤداة . وأما حديث ابن عباس رضي الله عنهما فأخرجه ابن‌عدى في الكامل عن اسماعيل ابن أبي زياد السكوني قاضي الموصل أخبرنا سفيان الثوري عن سالم الافطس عن سعيد بن جبير عن ابن عباس عن النبي ﷺ قال الزعيم غارم والدين مقضي والعارية مؤداة والمنحة مردودة وأعله باسماعيل هذا . وقال انه منكر الحديث وعامة ما يرويه لا يتابع عليه . وأما حديث أنس فأخرجه الطبراني في مسند الشاميين وقـــد ذكرناه في الكفالة قوله المنحة بكسر الميم وسكون النون ، وقـــد فسرناها عن قريب . قوله مردودة أي يجب ردها . وجه الاستدلال به ظاهر وفيه تعميم بعد التخصيص لما عرفت أن المنحة عـــارية خاصة وفيه زيادة مبالغة في إتاء العارية مستحق الرد .

لأن المنافع تملك شيئاً فشيئاً على حسب حدوثها ، فالتمليك فيما لم يوجد لم يتصل به القبض فصح الرجوع عنه . قال والعارية أمانة إن هلكت من غير تعد لم يضمن

(ولأن المنافع تملك شيئاً فشيئاً على حسب حدوثها ، فالتمليك فيما لم يوجد لم يتصل به القبض) لأن المنافع التي لم تحدث لا يتصور فيها القبض (فصح الرجوع عنه) أي عن ماله الموجود ، لأن التمليك لا يكون إلا في الموجود .

(قال) أي القدوري (والعارية أمانة إن هلكت من غير تعد لم يضمن) وفي بعض النسخ لم يضمنها ، وقيد بقوله من غير تعد لأن هلاكها بالتعدي يوجب الضمان بلا خلاف . ولو شرط الضمان في الدابة هل يصح ، فالمشايخ مختلفون فيه ، كذا في التحفة ، وقال في خلاصة الفتاوى رجل قال لآخر أعرني ثوبك ، فإن ضاع فأنا ضامن له ، قال لا يضمن ونقله عن المنتقى . وقال الكاكي « رح » وبقولنا قال مالك قلت في مذهبه تفصيل ، حيث قال يضمن فيما يخلى هلاكه ولا يضمن فيما لا يخلى . وفي الجواهر العارية نوعان نوع يظهر هلاكه ولا يكاد يخفى كالرباع والحيوان ، فهذا النوع يقبل قول المستعير في هلاكه ما لم يظهر كذبه ، وإن لم يعلم ذلك إلا بقوله .

والنوع الثاني يخفى هلاكه ويعاب عليه ، وهذا النوع يقبل قول المستعير في هلاك ما لم تقم بينته .

فإن قامت فلا ضمان عليه فيه ، وكذلك ما علم أنه مغير سببه كالسوس في الثوب صدقة فيه في كتاب محمد « رح » مع يمينه أنه ما أضاعه ولا أراد فساداً فقال أبو إسحاق وكذلك الفار على هذا يقرض الثوب ، ووافق اشهب وعبد الحكم في النوع الأول وخالفا في الثاني فرأيا أنه مضمون على المستعير على كل تقدير قامت بينة بهلاكه أم لا . وقال القاضي أبو محمد والصحيح أنه لا يضمن . قال الكاكي «رح» ايضاً وهو قول علي رضى الله عنه يعني عدم الضمان قول علي وابن مسعود والحسن والنخعي والشعبي والثوري وعمر بن عبد العزيز وشريح والأوزاعي وابن أبي شبرمة وإبراهيم ، وقضى شريح بذلك ثمانين سنة

وقال الشافعي « رح » يضمن لانه قبض مـــال غيره لنفسه لا عن استحقاق فيضمنه ، والاذن ثبت ضرورة الانتفاع فلا يظهر فيما وراءه ، ولهذا كان واجب الرد ، وصار كالمقبوض على سوم الشراء

بالكوفة ، وحدث الكرخي في مختصره عن عبد الرزاق عن اسرائيل عن عبد الأعلى عن محمد بن الحنفية ان علياً رضى الله عنه قال لا يضمن العارية ، إنما هو المعروف إلا أن تحالف ، وحدث ايضاً باسناده إلى عمر بن الخطاب رضى الله عنه قال العارية بمنزلةالوديعة لا يضمن صاحبها ، إلا أن يتعدى .

(وقال الشافعي يضمن لأنه قبض مال غيره لنفسه) احـــترز به عن الوديعة ، لأن قبض المودع فيها لأجل المودع لا لمنفعة نفسه (لا عن استحقاق) أى لا عن استيجاب قبض بحيث لا ينقصد الآخر بدون رضاه ، واحترز به عن المستأجر فإنه يقبض المستأجر لحق له ليس للمالك النقض قبل مضي المدة بدون رضاه (فيضمنه) أى إذا كان كذلك يضمن العارية ، وتذكير الضمير باعتبار المذكور (والإذن ثبت ضرورة الانتفاع) هـذا جواب عن سؤال مقدر تقديره أن يقال قبض بإذنه ، ومثـله لا يوجب الضمان ، وتحرير الجواب أن الإذن ثبت ضرورة الانتفاع ، والثابت بالضرورة يتعذر بقدرها، والضرورة حالة الاستعمال ، فإن هلكت فيها فلا ضمان ، وإن هلكت في غيرها لم يظهر فيه الإذن لكونه وراء الضرورة ، وهو معني قوله (فلا يظهر فيما وراءه) أى فـلا يظهر الإذن فيما وراء الضرورة ، وتذكير الضمير باعتبار المذكور .

(ولهذا) أى ولكون الإذن ضرورياً (كان واجب الرد) أراد أن مؤنة الرد واجبة على المستعير كما في الغصب (فصار كالمقبوض على سوم الشراء) فإنه وإن كان بإذن لكن لما كان قبض مال غيره لنفسه لا عن استحقاق إذا هلك ضمن ، فكذا هذا ، وبقوله قال أحمد وهو قول ابن عباس وأبي هريرة وعطاء وإسحاق . وقال قتادة وعبدالله بن الحسن العنبري إن شرط ضمانها ضمن وإلا لا . وقال ربيعة كل العواري مضمونة وفي الروضة إذا تلفت العين في يد المستعير ضمنها سواء تلفت بآفة سماوية أم بفعله بتقصير أم بلا تقصير ، هـذا

ولنا أن اللفظ لاينبىء عن التزام الضمان ، لانـــه لتمليك المنافع بغير عوض أو لاباحتها والقبض لم يقع تعدياً لكونه مأذوناً فيه ، والاذن وإن ثبت لأجل الانتفاع فهو مـــا قبضه إلا للإنتفاع فلم يقع تعدياً ، وإنما وجب لردمؤنته كنفقة المستعار ، فإنها على المستعير لا لنقض القبض والمقبوض سوم الشراء مضمون

هو المشهور . وحكي قول انها لا تضمن إلا بالتعدى وهو ضعيف ، ولو أعار بشرط أن يكون امانة بقى الشرط وكانت مضمونة . وفي حاوي الحنابلة إن شرط بقي ضمانهاسقط الضمان ، وإن تلف حروها باستعماله كحمل مشقة لم يضمن في اصح الوجهين وإن اركب منقطعا دابته للثواب فتلفت لم يضمن .

(ولنا أن اللفظ لا ينبيء عن التزام الضمان) لأن الضمان إما أن يجب بالعقد أوبالقبض أو بالإذن وليس شيء من ذلك بموجب له ، أما العقد فلأن اللفظ الذي تنعقد به العـارية لا ينبيء عن التزام الضمان (لأنه لتمليك المنافع بغير عوض أو لإباحتها) أي أو لإباحـــة المنافع على اختلاف القولين وما وضع لتملك المنافع أو باجتهاد ولإباحتها لا يتعرض ملك الغير حتى يوجب الضمان عند هلاكه (والقبض لم يقع تعدياً لكونه مأذوناً فيه) وإنمـا يوجب القبض الضمان إذا وقع تعدياً (والإذن وإن ثبت لأجل الانتفاع) هذا جواب عن قوله والأذن ثبت ضرورة الانتفاع ، وتقريره القول بالموجب يعني سلمنا أن الإذن لم يكن إلا لضرورة الانتفاع (فهو ما قبضه إلا للانتفاع ، فلم يقع تعدياً) فلا ضمان بدونه .

(وإنما وجب لرد مؤنته) هذا جواب عن قوله وهذا كان واجب الرد ، تقريره أن وجوب الرد لا يدل على أنه مضمون لأنه واجب لمؤنة القبض الحاصل للمستعير (كنفقة المستعار ، فإنها على المستعير لا لنقض القبض) ليدل على أن القبض لا عن استحقاق فيوجب الضمان ، بخلاف الغصب ، فان الرد فيـــه واجب لنقض القبض لكونه بلا إذن ، فإذا لم يوجب الرد وجب الضمان (والمقبوض على سوم الشراء مضمون) هـذا جواب عن قوله وصار على المقبوض على سوم الشراء ، تقريره انه ليس بمضمون بالقبض بل بالعقد ، وهـو

بالعقد ، لان الاخذ في العقد له حكم العقد على ما عرف في موضعه

معنى قوله (بالعقد ، لأن الأخذ في العقد له حكم العقد) فصار كالمأخوذ بالعقد ، وهو يوجب الضمان .

فإن قيل سلمنا ان الأخذ في العقد ولكن لا عقد هاهنا ، أجيب بأن العقد وإن كان معدوماً حقيقة جعل موجوداً تقريراً صيانة لأموال الناس عن الضياع ، إذ المالك لم يرض بخروج ملكه مجاناً ، وأن المقبوض على سوم الشراء وسيلة اليه ، فأقيم مقام الحقيقة نظراً له ، إلا أن الأصل في ضمان العقود هو القيمة لكونها مثلا كاملا ، وإنما يصار إلى الثمن عند وجود العقد حقيقة ، وإذا لم يوجد صير إلى الأصل .

(على ما عرف في موضعه) قيل يريد به نسخ طريقة الخلاف. وقيل كتاب الإجارات من المبسوط ، وقال الحاكم في كافيه رجل استعار من رجل سلاحاً ليقاتل به فضرب بالسيف فانقطع نصفين أو طعن بالرهن فحينئذ انكسر قال لا ضمان عليه لأنه هلك من عمل مأذون فيه. وفي فتاوى الولوالجي رجل دخل الحمام واستعمل قضاع الحمام فانكسرت لا ضمان عليه . وكذا إذا كور الفقاع ليشرب سقط وانكسر لا ضمان عليه لأنه عارية في يده .

فان قلت ما تقول في قوله عليه السلام بل عارية مضمونة وقد مر في اول الكتاب بتمامه ، وقوله عليه السلام أد الامانة إلى من ائتمنك ولا تخن من خانك . أخرجه الترمذي عن شريك وقيس بن الربيع عن أبي حصين عن أبي صالح عن أبي هريرة « رض » أنه عليه السلام ...الخ وقوله عليه السلام على اليد ما أخذت حتى تؤديه . أخرجه البيهقي من حديث قتادة عن الحسن عن سمرة عنه عليه السلام قال إن الحسن نسي حديثه ، فقال هو أمينك فلا ضمان عليه.

قلت الحديث الأول فيه اضطراب سنداً ومتناً، وجميع وجوهه لا تخلو عن نظر، ولهذا قال صاحب التتمة الإضطراب فيه كثير ولا حجة فيه عندي في تضمين العارية ، ثم على تقدير صحه قوله مضمونة المراد عليك بدليل قوله حتى يؤديها إليك ، ويحتمل أن يريد اشتراط الضمان والعارية يشترط الضمان مضمونة في رواية للحنفية. وأخرج النسائي عن يعلى بن امية قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم إذا أتتك رسلي فاعطهم ثلاثين ذرعاً وثلاثين مغفراً.

فإن قلت يا رسول الله ﷺ أعارية مؤداة ، قال بل عارية مضمونة . قال ابن حزم حديث حسن ليس في شيء ما روى في العارية خبر صحيح غيره ، وأما ما سواه فليس يساوى الاشتغال به ، وقد فرق بين الضمان والاداء ، وقيل إنما قال عليه السلام بل عارية مضمونة لأنه عليه السلام أخذ دروع صفوان بغير رضاه بدليل قوله أغصباً ، إلا انه عليه السلام كان محتاجاً إلى السلاح ، فكان الأخذ له حلالاً ، ولكن يشترط الضمان كتناول مال الغير في حالة المخمصة بشرط الضمان .

وقال الاترازي وقيل كان هذا اشتراط الضمان على نفسه وبه أخذ قتادة ، وعندنا المستعير لا يضمن بالشرط ايضاً ، ولكن صفوان كان يومئذ حربياً ، ويجوز بين المسلم والحربي من الشرائط ما لا يجوز بين المسلمين ، وقد تقدم الآن ان العارية بشرط الضمان مضمونة في رواية . وأخرج عبد الرزاق في مصنفه عن عمر عن بعض أصحاب أبي صفوان عن صفوان ان النبي عليه السلام استعار منه عاريتين ، إحداهما بضمان والأخرى بغير ضمان .

والحديث الثاني قال ابن القطان المانع من تصحيحه أن شريكاً وقيس بن الربيع مختلف فيهما ، ولم يحكم الترمذي أيضاً بصحته ، ولئن سلمنا انه صحيح فهو يقتضي وجوب رد العين ولا كلام فيه .

والحديث الثالث رواه الحسن عن سمرة والحسن لم يسمع منه ، وقيل لم يسمع منه غير حديث العقيقة اكثر أهل العلم رغبوا عن رواية الحسن عن سمرة ، وأيضاً الأداء فرض ولا يلزم منه الضمان ، ولو لزم من هذا اللفظ الضمان المهم أن يضمنوا أهون الودائع لأنها مما قبضت اليد وإذا لم يدل الحديث على الضمان ولم ينسبه أيضاً . وقال البيهقي « رح » في باب من قتل عبداً بعد ذكر حديث الحسن عن سمرة من قتل عبداً قتلناه . قال قتادة ثم ان الحسن نسي الحديث ، وقال لا يقتل حر بعبد يشبه أن يكون الحسن لم ينس الحديث لكن رغب عنه ، وهذه العلة موجودة في الحديث المتقدم ايضاً ، فافهم .

(قال) أي القدوري (وليس للمستعير ان يؤجر ما استعاره ، فإن أجره فعطب)

ضمن لان الإعارة دون الاجارة ، والشيء لا يتضمن ما هو فوقه ، ولانا لو صححناه لا يصح إلا لازماً ، لانـــه حينئذ يكون بتسليط من المعير ،

أى هلك (ضمن ، لأن الإعارة دون الإجارة) لأن الإجارة عنده لازم دون الإعـــارة (والشيء لايتضمن ما هو فوقه) أى لا يستتبع ما هو فوقه ، لأن القوي لا يجعل تابعــاً للضعيف . وقال الحاكم في كافيه إذا استعار الرجل من الرجل على ان يذهب بها حيث شاء ولم يحتم مكاناً ولا وقتاً ولا ما يحمل عليها فذهب بها إلى الحيرة أو أمسكها بالكوفة شهراً يحمل عليها أو يؤجرها ، قال لا ضمان عليه ، أى في شيء من ذلك إلا في الإجـــارة خاصة ، فانه حيث أجرها صار ضامناً ويتصدق بالغلة لأنه أمره بالانتفاع مطلقاً ، والمطلق يتناول أى انتفاع شاء واليه اليقين بفعله إن شاء استعملها في الركوب أو في الحمـــل عليها وأي ذلك فعل لا يمكن أن يفعل غيره بعد ذلك ، لأن المطلق إذا تعين بقيد فــلا يبقى مطلقاً ، ولكن لا يملك الإجارة أصلا لأنه عقد لازم ، والعارية عقد جائز ، وبناء الجائز على اللازم لا يجوز .

وقال الاسبيجابى في شرح الكافي وقد قال بعض اصحابنا فإنه يملك الإجارة وينعقد جائزة لا لازمة ، ثم قال والصحيح انه لا تنعقد الإجارة. وفي تحفة الفقهاء وليس للمستعير أن يؤجر ، فإن فعل فهو ضامن حين يسلمه إلى المستأجر ، ويكون المعير بالخيار إن شاء ضمن المستعير .

(ولأنا لو صححناه لا يصح إلا لازماً) تعليل ثان ، ويمكن أن يكون جواب الشبهة ذكرها السائل ، وهو ينبغي أن يملك المستعير الإجارة لأنه مالك للمنفعة ، ولا ينقطع حق المعير في الاسترداد ، بل يصير قيام حق المعير في الاسترداد عذراً في نقض الإجارة ، فأجاب عنها بقوله ولأنا لو صححناه عقد إجارة المستعير لا يصح إلا لازماً ، لأنه لا يصح أن يكون غير لازم لأنه خلاف مقتضى الإجارة ، فانه عقد لازم فانعقاده غير لازم عكس الموضوع فهذا لا سبيل إليه ، وكذا لا سبيل إلى كونه لازماً (لأنه حينئذ يكون بتسليط من المعير)

وفي وقوعــه لازماً زيادة ضرر بالمعير لسد باب الاسترداد إلى انقضاء مدة الاجارة فأبطلناه . فإن أجره ضمنه حين سلمــه ، لانه إذا لم يتناوله العارية كان غصباً ، وإن شاء المعير ضمن المستأجر لانــه قبضه بغير إذن المالك لنفسه ، ثم إن ضمن المستعير لا يرجع على المستأجر لانه ظهر أنــه أجر ملك نفسه ، وإن ضمن المستأجر يرجع على المؤجر إذا لم يعلم أنه كان عارية في يده دفعا لضرر الغرور ، بخلاف ما إذا علم . قــال وله أن يعيره إذا كان لا يختلف باختلاف

لأن اللزوم لا يكتسب إلا منه فيكون من مقتضيات عقد العارية .

(وفي وقوعه لازماً زيادة ضرر بالمعير لسد باب الاسترداد إلى انقضاء مدة الإجارة) لعدم قدرته عليه إلى الانقضاء فحينئذ يكون عقد الإعارة عقداً لازماً ، وهو أيضاًخلاف المشروع (فأبطلناه) أي عقد الإجارة (فإن أجره ضمنه) أي ضمن المعير مــا أجره (حين سلمه) أي المستأجر (لأنه) أي لأن عقد الإجــارة (إذا لم يتناوله العارية كان غصباً ، فإن شاء المعير ضمن المستأجر ، لأنه قبضه بغير إذن المالك) وحكم الغصب الضمان وفي بغير إذن المالك (لنفسه) اللام في لنفسه تتعلق بقبضه.

(ثم إن ضمن المستعير لا يرجع على المستأجر لأنهظهر انه أجر ملك نفسه) لأنهملكه بالضمان (وإن ضمن المستأجر يرجع) أي إن ضمن المعير المستأجر يرجع المستأجر (على المؤجر) وهو المستعير (إذا لم يعلم انه كان عارية في يده دفعــاً لضرر الغرور) أي عن المستأجر ، لأن هذا الغرور في ضمن العقد (بخلاف ما إذا علم) أي المستأجر بكونهــا عارية في يد المؤجر حيث لم يرجع عليه ، لأنه لم يوجــد منه الغرور . وقالت الثلاثة لا يرجع مطلقاً لأنه غاصب ثان فيضمن بفعله .

(قال) أي القدوري (وله) أي للمعير (أن يعيره إذا كان لا يختلف باختــلاف

المستعمل وقال الشافعي « رح » ليس له أن يعيره لأنه إباحة المنافع على ما بينـــا من قبل ، والمباح له لا يملك الاباحة ، هذا لان المنافع غير قابلة للملك لكونها معدومة ، وإنمـــا جعلناها موجودة في الاجارة للضرورة ، وقد اندفعت بالاباحة هاهنا . ونحن نقول هو تمليك المنافع على ما ذكرنا فيملك الاعارة كالموصى له بالخدمة والمنافع اعتبرت قابلة للملك في الإجارة ، فتجعل كذلك في الإعارة دفعاً للحاجة ، وإنما لا يجوز فيما يختلف باختلاف المستعمل

المستعمل) كالحمل والاستخدام والسكنى والزراعة ، كذا ذكر في نظائر التمرتاشي ، وبه قال مالك والشافعي في قول ، وفي مختصر الأسرار يجوز للمستعير أن يعير وإن شرط أن أن لا يعير ، إلا أن يكون مما يختلف بالاستعمال .

(وقال الشافعي « رح » ليس له ان يعيره لأنه إباحة المنافع على ما بينا من قبل) يعني في هذا الباب إنها إباحة المنافع عنده (والمباح له لا يملك الإباحة وهذا) أى كون الإعارة إباحة (لأن المنافع غير قابلة للملك لكونها معدومة ، وإنما جعلناها موجودة في الإجارة للضرورة وقد اندفعت بالإباحة هاهنا) أى في الإعارة ، فاذا اندفعت بالإباحة لا يصار إلى التمليك وبه قال أحمد .

(ونحن نقول هو تمليك المنافع على ما ذكرنا) يعني في هذا الباب (فيملك الإعارة) يعني إذا كانت الإعارة تمليكاً للمنافع يملك المستعير حينئذ الإعارة ، لأن الشيء لا يتضمن مثله (كالموصى له بالخدمة) أى بخدمة عبد مثلا يجوز له ان يعيره لتملك المنفعة (والمنافع اعتبرت قابلة للملك في الإجارة) هذا جواب عن قوله والمنافع غير قابلة للملك ، وتقريره لا نسلم أنها غير قابلة للملك فانها تمليك بالعقد كما في الإجارة (فتجعل كذلك في الاعارة دفعاً للحاجة) أى فيجعل المنافع ايضاً قابلة للملك في الإعارة دفعاً لحاجة الناس (وإنمـــا لا يجوز فيما يختلف باختلاف المستعمل) جواب عن سؤال مقدر تقريره أن يقال لو كانت

دفعـــاً لمزيد الضرر عن المعير ، لأنه رضي باستعماله لا باستعمال غيره . قال رضي الله عنه وهــذا إذا صدرت الإعارة مطلقة وهي على أربعة أوجه ،أحدها أن تكون مطلقة في الوقت والإنتفاع ، فللمستعير فيه أن ينتفع بـــه أي نوع شاء في أي وقت شاء عملاً بالإطلاق . والثاني أن تكون مقيدة فيهما فليس له أن يجاوز فيه ما سماه عملاً بالتقييد ،

العارية تمليك المنفعة لما تفاوت الحكم في الصحة بين مـا يختلف باختلاف المستعمل ، وبين مـا لا يختلف . وتقرير الجواب انه انما لا يجوز إعـارة ما استعاره فيما يختلف باختلاف المستعمل .

(دفعاً لمزيد الضرر عن المعير ، لأنه رضي باستعماله لا باستعمال غـيره) أى فيما لا يختلف باختلاف المستعمل فليس فيه ضرر فقد مر أن الشيء يتضمن مثله ،وإن شاءضمن المستأجر لوجود التعدى منهما ، فإن ضمن المستعير لم يرجع على المستأجر لأنه ملك العين بالضمان ، فكأنه أجر ملك نفسه فهلك ، وإن ضمن المستأجر إن كان لا يعلم انه عارية فرجع على المستعير لأنه ضمن الدرك بايجاب عقد فيه بدل ، فيكون غروراً . فأمـا إذا كان معلم لا يرجع لأنه غرور فيه ، والرجوع بحكم الغرور .

(قال « رض » وهذا) أى ما ذكرنا من ولاية الإعارة للمستعير (إذاصدرت الإعارة مطلقة) أى عن الوقف والانتفاع (وهو) أى ما يصدر من عقد الإعارة (على اربعـة أوجه) وهي قسمة عقلية ، والقسمـة على الأربعة ضرورة ، لأن الشيئين همـا الاطلاق والتقييد دارا في الشيئين وهما الوقف والانتفاع فـكانت اربعة لا محالة (أحدها أن تكون مطلقة في الوقت والانتفاع ، فللمستعير فيه) أى في هـذا الوجه (أن ينتفع به أى نوع شاء في أي وقت شاء عملا بالاطلاق) .

(والثاني أن تكون مقيدة فيهما) أى في الوقت ، والانتفاع بأن قيدها بيوم ونص على نوع منفعة (فليس له) أى للمستعير (ان يجاوز فيه ما سماه عملا بالتقييد) مثلا استعار

إلا إذا كان خلافاً إلى مثل ذلك أو خيراً منه والحنطة مثل الحنطة
والثالث أن تكون مقيدة في حق الوقت مطلقـــاً في حق الإنتفاع .
والرابع عكسه وليس له أن يتعدى ما سماه ، فلو استعار دابة ولم
يسم شيئـــاً ، له أن يحمل ويعير غيره للحمل ، لأن الحمل لا
يتفاوت ، وله أن يركب ويركب غيره وإن كان الركوب مختلفاً لأنه
لما أطلق فيه فله أن يعين ، حتى لو ركب بنفسه ليس له أن يركب
غيره ، لأنه تعين ركوبه .

الدابة ليحمل عليها عشرة أقفزة حنطة فلا يحمل عليها (إلا إذا كان خلافاً إلى مثل ذلك) كمن استعار دابة ليحمل عليها عشرة أقفزة من هذه الحنطة فحملها عشرة أقفزة من حنطة أخرى (أو خيراًمنه والحنطة) أي أو كان خلافاً إلى خير منه ، بأن قال عشرة اقفزة من الحنطة فحمل عليها عشرة من شعير لا يضمن استحساناً ، وفي القياس يضمن لأنـــه مخالف . وجه الإستحسان انه لا فائدة للمالك من تعيين الحنطة اذا متصورة دفع زيادة الضرر عن دابته والشعير أخف من الحنطة ، والتقييد إنما يعتبر إذا كان مفيداً (مثـــل الحنطة) أشار بهذا إلى عدم اشتراط كون الحنطة المحمولة وحنطة المستعير او لغـــيره فالحنطة جنس واحد ، سواء كانت للمستعير أو لغيره أو عينها المعير او لم يعينها .

(والثالث ان تكون مقيدة في حق الوقت مطلقاً في حق الانتفاع ، والرابع عكسه) أي عكس الثالث ، وهو ان يكون مطلقه في حق الانتفاع .

(وليس له أن يتعدى ما سماه) أي ليس للمستعير ان يتعدى مـــا عينه المعير في الوجهين الأخيرين ، ثم فرع عليه بالفاء التفريعة بقوله (فلو استعار دابة ولم يسم شيئاً له ان يحمل ويعير غيره للحمل ، لأن الحمل لا يتفاوت وله ان يركب ويركب غيره وان كان الركوب مختلفاً) لأن الناس يتفاوتون في الركوب (لأنه لما اطلق فيه فـله ان يعين الإطلاق ، حتى لو ركب بنفسه ليس له أن يركب غيره ، لأنه تعين ركوبه) وفي بعض

ولو أركب غيره ليس له أن يركبه حتى لو فعله ضمن ، لأنه تعين الإركاب. قال وعارية الدراهم والدنانير والمكيل والموزون والمعدود

النسخ ليس له أن يركبه ، أي ليس له أن يركب غيره لأنه متعين ركوبه . وفي بعض النسخ ليس له أن يركب ، أي ليس له ان يركب الدابة او غيره ، والتذكير يكون على تأويل الحيوان والحمار والفرس والبغل.

(ولو أركب غيره ليس له ان يركبه) أي بنفسه ، وتذكير الضمير بالتأويل الذي ذكرناه الآن ، ثم ذكر في الكتاب ان المستعير يملك الاعارة ولا يملك الاجارة، ولم يذكر انه هل يملك الايداع ، فهذا وقد اختلف المشايخ فيه ، قال بعضهم يودع واليه ذهب الفقيه أبو الليث والشيخ الامام أبو بكر محمد بن الفضل البخاري والصدر الأجل برهان الائمة والد الصدر الشهيد في شرح الجامع الصغير واليه اشار محمد في آخر كتاب العارية ، فانه قال المعير إذا وجد الدابة المستعارة في يد رجل زعم انها ملكه فهو خصم ، وإن قال الذي في يده قد اودعتها فلان الذي اودعتها منه فليس بخصم ، فهذا يدل على ان للمستعير ان يودع ، وعليه الفتوى .

وقال الاترازي هكذا وجدت هذه الرواية منصوصة في آخر كتاب العارية في الأصل. وفي الكافي وقال بعضهم لا يودع قصداً وكان الكرخي يقول لا يجوز أن يودع ، واستدل بمسألة ذكرها في الجامع الصغير وهي ان المستعير إذا بعث العارية إلى صاحبها على يد اجنبي فهلك في يد الرسول ضمن المستعير العارية فليس ذلك الايداع منه ، كذا في شرح الطحاوي .

(حتى لو فعله ضمن ، لأنه تعين الاركاب) يعني لو ركبه بنفسه بعد أن أركب غيره ضمنه ، وهو الصحيح ، وهو اختيار فخر الاسلام.وقال غيره له أن يركب بعد الاركاب ويركب بعد الركوب ولا يضمن شيئاً ، وهو اختيار شمس الائمة السرخسي وشيخ الاسلام خواهرزادة ، لانه يملك الاعارة .

(قال) أي القدوري (وعارية الدراهم والدنانير والمكيل والموزون والمعدود

قرض ، لإن الإعارة تمليك المنافع ولا يمكن الانتفاع بهـــا إلا باستهلاك عينهـــا ، فاقتضى تمليك العين ضرورة ، وذلك بالهبة أو القرض ، والقرض أدناهما فيثبت، أو لأن من قضية الاعارة الانتفاع

قرض) يعني بمنزلة قوله أقرضتك . قال الكاكي ولا يعلم فيه خلاف إلا ما نقـل عن بعض أصحاب الشافعي هذا إعارة فاسدة ، ففي وجه يضمن كما في الصحيحة ، ولي وجه لا يضمن لأنه إعارة فاسدة ، ذكره في شرح الوجيز . قلت ذكر في الروضة لا يجوز اعارة الطعام قطعاً والدراهم والدنانير على الأصح . وقال الإمام يجرى الوجهان في إعادة الحنطة والشعير ونحوهما . وقال المتولى هذا إذا أطلق إعارة الدراهم ، أمـــا إذا صرح بالإعارة للتزين فينتفي أن يقطع بالصحة.

وفي الجواهر للمالكية ولو استعيرت الدراهم والدنانير لتبقى أعيانها كالصيرفي ما يجعلها بين يديه ليرى أنه ذو مال فيقصده البائع والمشتري أو الرجل يكون عليه دين ونقل ما في يديه فيستعيرها لذلك فهذا يضمن إذا لم تقم البينة على تلفها ، ولا يضمن مع الشهادة على ذهابها . وفي المغني قال أبو بكر البلخي قال اعرتك هـــذه النصمة من أكثر من يد فأخذها كلها فعليه مثلها أو قيمتها ، لما أن إعارة ما لا ينقطع إلا بهـلاكه قرض ، قال ابو الليث الجواب هكذا اذا لم يكن بينهما مباسطة أو دلالة الإباحـــة ، وقوله والوكيل يتناول كل مكيل ، والموزون يتناول كل موزون ، والمعدود يتناول كل المعدود . وقال الحاكم في كافيه وعارية الدراهم والدنانير والفلوس قرض ، وكذلك كل ما يكال أو يوزن أو يعد عددا مثل الجوز والبيض ، انتهى ، وفي العـــارية وكذلك الاقطان والصوف والإبريسم والميك والكافور وسائر متاع العطر والصيادلة لا يقع عليها الإجارة على منافعها فهي قرض كذلك.

(لأن الإعارة تمليك المنافع ، ولا يملك الانتفاع بهـــا) أي بالأشياء المذكورة (إلا باستهلاك عينها ، فاقتضى تمليك العين ضرورة ، وذلـــك) أي تمليك العين (بالهبـة أو القرض ، والقرض ادناهما) يعني ضرراً على المعير ، لأنه يوجب المثل والهبـة لا توجبه (فيثبت) أي الادنى ، لأنه الثابت يقيناً (أو لأن من قضية الإعارة الانتفاع) أي انتفاع

ورد العين فأقيم رد المثل مقامه . قالوا هـــذا إذا أطلق الإعارة ، أما إذا عين الجهة بأن استعار الدراهم ليعير بها ميراثاً أو يزين بها دكاناً لم تكن قرضاً ولا يكون له إلا المنفعة المسماة ، فصار كما إذا استعار آنية يتجمل بها ، أو سيفاً محلى يتقلدها . قال وإذا استعار أرضا ليبني فيها أو ليغرس جاز وللمعير أن يرجع فيها ويكلفه قلع البنـــاء والغرس ، أما الرجوع فلما بينا ، وأما الجواز فلأنها منفعة معلومة تملك بالإجارة فكذا بالإعارة ، وإذا صح الرجوع بقي المستعير شاغلاً أرض المعير فيكلف تفريغها . ثم إن لم يكن

المستعير (ورد العين) أي إلى المعير ، وقد عجز عن رده للاستهلاك (فأقيم رد المثل مقامه) أي مقام العين .

(قالوا) أي المشايخ (هذا إذا أطلق الإعارة ، أما إذا عين الجهة بأن استعار الدراهم ليعير بها ميراثاً) من عايرت المكاييل أو الموازين إذا قابلها ، والمعيار الذي يقاس به غيره ويسوى . وفي بعض النسخ ليعير بها ، وهذا خطأ ، الصواب يعاير . قال الجوهري عايروا مكاييلك وموازينك ولا تقل عيروا (أو يزين بها) أي بالدراهم والدنانير (دكاناً لم تكن قرضاً ، ولا يكون له إلا المنفعة المسماة ، وصار كما إذا استعار آنية يتجمل بها أو سيفاً محلى يتقلدها) أو منطقة مفضضة أو خاتماً ونحو ذلك لا يكون قرضاً ، لأن الانتفاع بهذه الأعيان مع بقائها يمكن ، فصار نظير سائر العواري .

(قال) أي القدوري (وإذا استعار ارضاً ليبنى فيها أو ليغرس جاز ، وللمعير أن يرجع فيها ويكلفه) أي يكلف المستعير (قلع البناء والغرس) بفتح الغين وكسرها، كذا في المغرب (أما الرجوع فلما بينا) يعني عند قوله وللمعير ان يرجع متى شاء (وأمـــا الجواز فلأنها) أى فلأن (منفعة معلومة تملك بالإجارة ، فكذا بالاعارة) دفعاً للحاجة (وإذا صح الرجوع بقى المستعير شاغـلا أرض المعير ، فيكلف تفريغها ثم إن لم يكن)

وقت العارية فلا ضمان عليه لأن المستعير مغتر غير مغرور ، حيث اعتمد إطلاق العقد من غير أن يسبق منه الوعد . وإن كان وقت العارية ورجع قبل الوقت صح رجوعه لما ذكرنا ، ولكنه يكره لما فيه من خلف الوعد وضمن المعير ما نقص البناء والغرس بالقلع ، لأنه مغرور من جهته

أي المعير (وقت العارية فلا ضمان عليه ، لأن المستعير مغتر غير مغرور)يعني من جانب المغير (حيث اعتمد إطلاق العقد) وظن أنه يتركها في يده مدة طويلة (من غير أن يسبق منه الوعد) أي من المعير .

(وإن كان) أي المعير (وقت العارية ورجع قبل الوقت صح رجوعه لما ذكرنا)من أن له الرجوع متى شاء ، وعند مالك ليس له الرجوع قبل مضي المدة . وفي الجواهر متى كانت العارية إلى أجل معلوم أو كان لها قدر معلوم كعارية الدابة إلى موضع كذا ، أو العبد ليبني بناء أو ليخيط له ثوباً فهي له لازمة كهبة الرقاب ، فان لم يضرب اجلاً ولا كان لها مدة انقضاء فهي لازمة أيضاً بالقول والقبول ، وليس له الرجوع فيها ويلزمه إبقاؤها مدة ينتفع بها فيها الانتفاع المعتاد بمثلها عند استيفائها (ولكنه يكره لما فيه من خلف الوعد) أي لما في الرجوع في الموقت من خلف الوعد وهي شعبة من النفاق (وضمن المعير ما نقص البناء والغرس) أي نقصان (بالقلع) أي بسبب القلع .

ووجهه إما ينظر كم يكون قيمة البناء والغرس إذا بقى إلى المدة المضروبة فيضمن ما نقص من قيمته ، أي نقصان البناء والغرس فكلمة ما مصدرية ، ويجوز أن تكون موصولة بمعنى الذي نقص البناء ، فعلى هذا يكون البناء والغرس مرفوعين على الفاعلية على الأول. وعلى الثاني يكونان منصوبين على المفعولية والغرس بكسر الغين . وروى بالفتح على إرادة المغروس فيضمن ما نقص من قيمته ، يعني إذا كانت قيمة البناء إلى المدة المضروبة عشرة دنانير مثلا ، وإذا قلع في الحال يكون قيمة النقص دينارين يرجع بهما . وقال زفر «رح» لا يضمن لأن التوقيت والاطلاق سواء لبطلان الأجل في العواري .

ودليلنا هو قوله (لأنه مغرور من جهته) أي لأن المستعير مغرور من جهة المعير

حيث وقت له ، فالظاهر هو الوفاء بالعهد فيرجـــع عليه دفعا للضرر عن نفسه ، كذا ذكره القدوري في المختصر . وذكر الحاكم الشهيد أنه يضمن رب الأرض للمستعير قيمة غرسه وبنائـــه ، ويكونان له إلا أن يشاء المستعير أن يرفعهما ولا يضمنه قيمتهما ، فيكون له ذلك لأنه ملكه . قالوا إذا كان في القلع ضرر بالأرض فالخيار إلى رب الأرض ، لأنـــه صاحب الأصل ، والمستعير صاحب تبع ، والترجيح

(حيث وقت له . فالظاهر هو الوفاء بالعهد فيرجع عليه دفعـاً للضرر عن نفسه ، كذا ذكر القدوري في المختصر) حيث قال وإن وقت العارية فرجع قبل الوقت ضمن المعيرما نقص البناء والغرس بالقلع .

فإن قيل الغرور الموجب للضمان هو ما كان في ضمن عقد المعاوضة ، والاعارة ليست كذلك . قيل له إن للتوقيت من المعير التزام منه لقيمة البناء والغرس إن أراد إخراجه قبل ذلك الوقت معنى ، وتقدير كلامه ابن في هذه الأرض لنفسك على أن أتركها في يدك الى مدة كذا ، فان لم أتركها فأنا ضامن لك بقرينة حالة ، وذلك لأن كلام العاقل محمول على الفائدة ما أمكن ، وحيث كانت الاعارة بدون التوقيت صحيحة شرعاً لا بد من فائدة كذكر الوقت وذلك ما قلنا .

(وذكر الحاكم الشهيد رحمه الله) وهو ابن الفضل محمد بن احمد السلمي المروزي صاحب التصانيف مصنف الكافي والمنتقى وغير ذلك ، استشهد في ربيع الآخر سنة أربع وثلاثين ومائتين (انه) أى أن الشأن (يضمن رب الأرض للمستعير قيمة غرسه وبنائه ، ويكونان) أي الغرس والبناء (له) أى لرب الأرض (الا أن يشاء المستعير أن يرفعهما ولا يضمنه قيمتهما ، فيكون له ذلك لأنه ملكه) أي لأن كل واحد من الغرس والبناء ملك المستعير .

(قالوا) أى المشايخ والمتأخرون (إذا كان في القلع ضرر بالأرض فالخيـار إلى رب الأرض لأنه صاحب أصل ، والمستعير صاحب تبع) وهو الغرس أو البناء (والترجيح

بالأصل . ولو استعارها ليزرعها لم يؤخـــذ منه حتى يحصد الزرع
وقت أو لم يوقت ،

بالأصل) أن يكون بالأصل،ومذهب الشافعي في هذا ذكره في الروضة أن إعارة الأرض للبناء والغرس نوعان مطلقة ومقيدة ، ففي المطلقة للمستعير أن يبنى ويغرس ما لم يرجع المعير ، فاذا رجع لم يكن له البناء والغرس ولو فعل وهو عالم بالرجوع قلع مجاناً و كلف تسوية الأرض كالغاصب ، وإن كان جاهلاً فوجهان ، وأما ما بنى وغرس قبل الرجوع فإن أمكن رفعه من غير نقص يدخله رفع وإلا فينظر إن شرط عليه القلع مجـــاناً عند رجوعه وتسوية الحفر لزمه ، فان امتنع قلعه المعير مجاناً وإن شرط القلع دون التسوية وإن لم يشرط القلع نظر إن أراد المستعير امكن منه ويلزمه تسوية الحفر على الأصح،وإن لم يرده لم يكن للمعير قلعه مجاناً ، ولكن يتخير المعير بين ثلاث خصال أن يبقيه بأجرة يأخذها ، وأن يقلع ويغرم ارث النقص وهو قدر التفاوت بين قيمته ثابتاً ومقلوعاً، وأن يتملكه بقيمته .

وفي المقيدة للمستعير البناء والغرس إلا أن يرجع المعير وله أن يجدد كل يوم غرساً ، وبعد انقضاء المدة ليس له إحداث البناء والغرس ، وإذا رجع المعيد قبل المدة أو بعدها فالحكم كما لو رجع في الأول ، لكن هنا وجه أنه لا يتمكن من الرجوع قبل المدة. وقوله إنه اذا رجع بعد المدة فله القلع مجاناً قاله الساجي ، والمذهب الأول ومذهب أحمد مـــا ذكره في حاويهم ، وإن أعار ارضاً لغرس أو بناء مطلقاً أو إلى مده فرجع وقـد شرطا القلع متى رجع أو عند انقضاء المدة ففرغت لزمه القلـــع ولم يلزم المعير انقضاء ، ولا المستعير تسوية الأرض إلا بشرط ، وإن لم يشترطا قلعه فللمعير أخذه بقيمته أو قلعـــه وضمان نقصه ، فان قلع فللمستعير التسوية وإن ابناء ذلك والبيع بقى مجاناً .

(ولو استعارها) أي الأرض (ليزرعها لم يؤخذ منه حتى يحصد الزرع) قال الأترازي قيل ينبغى أن يروى على بناء المفعول ، والثلاثي المجرد ، والأصح ان يروى بكسر الصاد من الاحصاد ، يقال احصد الزرع إذا حان حصاده . قلت كلاهما يجوز والاولى الأول للكثرة وقلة الباب الثاني فافهم (وقت او لم يوقت) أراد أن الأرض تترك في يده بطريق

لأن له نهايـــة معلومة ، وفي الـترك بالأجر مراعـاة الحقين ، بخلاف الغرس لأنه ليس له نهاية معلومة فيقلع دفعـــاً للضرر عن المالك . قـــال وأجرة رد العارية على المستعير ، لأن الرد واجب عليه لما انـــه قبضه لمنفعة نفسه ، والاجرة مؤنة الرد ، فتكون عليه . وأجرة رد العين المستأجرة على المؤاجر ، لان الواجب على المستأجر التمكين والتخلية

الاجارة بأجر المثل . سواء عين مدة أولا ، والتوقيت هـو تعيين الوقت (لأن له) أي للزرع (نهاية معلومة وفي الترك بالأجر مراعاة الحقين) أي حق المعير والمستعير كما في الاجارة إذا نقصت المدة والزرع لم يدرك بعد فانه يترك الأرض في يده بأجر مراعـــاة للجانبين ، كذا هنا ، وبه قال الشافعي « رح » في وجه ومالك واحمد في وجـه . وعن أحمد إن كان مما تحصد فصيلا بلا ضرر فله الرجوع لعدم الضرر فيه .

ثم إذا استحصد الزرع فصاحب الأرض يأخذ الأرض مع الأجر . وقـال أبو اسحاق الحافظ إنما يجب الأجر لصاحب الأرض إذا أجر الأرض منه أو القاضي بعد مضي المدة بدون ذلـــك فلا يجب الأجر في أكثر الروايات لم يشترط ذلك ، وقد قيـــل يقتضي تعليل المصنف بقوله لأن له نهاية معلومة أن لا يجوز الرجوع قبل الوقت في الموقتة ، لأن له نهاية معلومة ، ولأن الوقت منصوص عليه هنا ، وفي الإعارة للزرع الوقت ثابت دلالة والنص أقوى من الثلاثة دلالة .

(بخلاف الغرس ، لأنه ليس له نهاية معلومة فيقلع دفعـا للضرر عن المالك) لأن في إبقائه ضرراً له والضرر مدفوع .

(قال) أى القدوري (وأجرة رد العارية على المستعير ، لأن الرد واجب عليه لمـا انه قبضه لمنفعة نفسه والأجرةمؤنة الرد فتكون عليه) لأن الغرم بالغنم ، وهذا لاخلاف فيه (وأجرة رد العين المستأجرة، على المؤاجر ،لأن الواجب على المستأجر التمكين والتخلية

دون الرد ، فإن منفعة قبضه سالمة للمؤاجر معنى ، فلا يكون عليه مؤنة رده ، وأجرة رد العين المغصوبة على الغاصب ، لان الواجب عليه الرد والإعادة إلى يد المالك دفعا للضرر عنه ، فيكون مؤنته عليه . قال وإذا استعار دابة فردها إلى اصطبل مالكها فهلكت لم يضمن ، وهذا استحسان ، وفي القياس يضمن ، لانه ما ردها إلى مالكها بل ضيعها . وجه الاستحسان أنه أتى بالتسليم المتعارف ، لان رد العواري إلى دار المالك معتاد كآلة البيت تعار ثم ترد إلى الدار ، ولو ردها إلى المالك فالمالك يردها إلى المربط فصح رده ،

دون الرد ، فان منفعة قبضه سالمة للمؤاجر معنى) لأنه سلم له ما شرط من أجرة العين (فلا يكون عليه) أي على المستأجر (مؤنة رده) لما ذكرنا من أن الغرم بالغنم (وأجرة رد العين المغصوبة على الغاصب ، لأن الواجب عليه الرد والإعادة إلى يد المالك دفعاً للضرر عنه ، فيكون مؤنة الرد عليه) لقوله عليه السلام على اليد ما أخذت حتى ترد ولا خلاف فيه .

(قال) أي القدوري (وإذا استعار دابة فردها إلى اصطبل مالكها فهلكت لم يضمن وهذا) أي عدم الضمان (استحسان . وفي القياس يضمن لأنه ما ردها إلى مالكها بل ضيعها) وبه قال الشافعي واحمد ومالك في الأصح .

(وجه الاستحسان أنه أتى بالتسليم المتعارف ، لأن رد العواري إلى دار المالك معتاد كآلة البيت تعار ثم ترد إلى الدار ولو ردها إلى المالك فالمالك يردها إلى المربط فصح رده) بفتح الميم موضع الربط . وذكر التمرتاشي عن أبي سلمة ان كان المربط خارج الدار لم يبرأ لأن الظاهر أنها تكون هنالك بلا حافظ ، وقيل هذا في عادتهم .

وإن استعار عبداً فرده إلى دار المالك ولم يسلمه إليه لم يضمن لما بينا . ولو رد المغصوب أو الوديعة إلى دار المالك ولم يسلم إليه ضمن ، لان الواجب على الغاصب فسخ فعله وذلك بالرد إلى المالك دون غيره والوديعة لا يرضي المالك بردها إلى الدار ولا إلى يد من في العيال ، لانه لو ارتضاه لما أودعها إياه بخلاف العواري لان فيها عرفا حتى لو كانت العارية عقد جوهر لم يردها إلا إلى المعير لعدم ما ذكرنا من العرف فيه . قال ومن استعار دابة فردها مع عبده أو أجيره لم يضمن والمراد بالاجير أن يكون مسانهة أو مشاهرة لانها أمانة فله أن لا يحفظها بيد من في

(وإن استعار عبداً فرده إلى دار المالك ولم يسلمه اليه لم يضمن) هذا لفظ القدوري أيضاً ، إلا أن لفظ أكثر النسخ وإن استعار عيناً فردها إلى دار المالك (لما بينا) أشاربه إلى قوله لأن رد العوارى إلى دار المالك معتاد ، فعلى هذا إذا استعار عقداً ولم يردها إلا إلى المعير للعرف كذلك (ولو رد العين المغصوب أو الوديعة إلى دار المالك ولم يسلم اليه ضمن) هذه من مسائل القدوري أيضا (لان الواجب على الغاصب فسخ فعله ، وذلك بالرد إلى المالك دون غيره ، والوديعة لا ترضي المالك بردها إلى الدار ولا إلى يد من في العيال ، لانه ارتضاه لما أودعها إياه ، بخلاف العواري لان فيها عرفاً،حتى لو كانت العارية عقد جوهر) بكسر العين وسكون القاف وهو القلادة ويجمع على عقودة (لم يردها إلا إلى المعير لعدم ما ذكرنا من العرف فيه) أي في حكم رد عقد الجوهر .

(قال) أي في الجامع الصغير (ومن استعار دابة فردها مع عبده أو أجيره لم يضمن) أراد بالاجير السائس ، وبه قال أحمد وقياس قول الشافعي أن يضمن كما في الوديعة (والمراد بالاجير أن يكون مسانهة أو مشاهرة ، لانها أمانة ، فله أن يحفظها بيد من في

عياله كما في الوديعة . بخلاف الاجير مياومة لانه ليس في عياله ، وكذا إذا ردها مع عبـــد رب الدابة أو أجيره ، لان المالك يرضى به ، ألا ترى أنه لو رده إليه فهو يرده إلى عبده ، وقيل هذا في العبد الذي يقوم على الدواب . وقيل فيه وفي غيره وهو الاصح لانه وإن كان لا يدفع إليه دائما يدفع إليه أحيانا ، وإن كان ردها مع أجنبي ضمن ، ودلت المسألة على أن المستعير لا يملك الايداع قصداً كمـــا قاله بعض المشايخ . وقال بعضهم يملكه لانه دون الاعارة ،

عياله كما في الوديعة ، بخلاف الاجير مياومه ، لانه ليس في عياله ، وكذا إذا ردها) أي الدابة المستعارة (مع عبد رب الدابة أو أجيره ، لان المالك يرضى به ، ألا ترى انه لو رده اليه فهو يرده) أي لو رد المستعير الدابة إلى المالك فهو يرده (إلى عبده) وتذكير الضمير في الموضعين باعتبار الحيوان أو الحمار ونحوه .

(وقيل هذا) أي عـــدم الضمان بالرد إلى عند رب الدابة (في العبد الذي يقوم إلى الدواب) وهو السادس (وقيل فيه وفي غيره) إن قيل عدم الضمان في العبد الذي يقوم على الدواب وفي غيره (وهو الاصح) أي القول الثاني هو الاصح (لانه) أي لان مالك الدابة (وان كان لا يدفع اليه دائماً) أي إلى عبده الذي ليس يقوم على الدواب دايبـــاً بكسر الياء آخر الحروف بعدها باء موحدة ومعناه دائماً (يدفع اليه أحياناً) أي في بعض الاحيان (وإن كان ردها مع اجنبي ضمن) يعني إذا هلك ، لانه ليس بنائب عن المالك ، فصار متعدياً (ودلت المسألة) أي المسألة المذكورة (على ان المستعـير لا يملك الإيداع قصداً) لمـــا وضعه في يد الاجنبي للرد كان إيداعـــاً (كما قاله بعض المشايخ) منهم الكرخي والبقالي .

(وقال بعضهم) أي بعض المشايخ وهم مشايـخ العراق (يملكه) أي يملك المستعير الإيداع (لانه دون الاعارة) أي لان الايداع دون الإعارة لانه لما ملك الإعارة مع أن

وأولوا هذه المسألة بانتهاء الاعارة لانقضاء المدة. قال ومن أعار أرضا بيضاء للزراعة يكتب انك أطعمتني عند أبي حنيفة. وقالا يكتب أنك أعرتني، لان لفظة الاعارة موضوعة لـــه والكتابة بالموضوع أولى، كما في إعارة الدار. وله أن لفظة الاطعام أدل على المراد، لانهـــا تختص بالزراعة والاعارة ينتظمها وغيرها كالبناء ونحوه فكانت الكتابة بها أولى، بخلاف الدار لأنها لا تعار إلا للسكنى

والله أعلم بالصواب

فيها إيداعاً وتمليك المنافع، فلأن يملك الإيداع وليس فيه تمليك المنافع أولى، وبه أخذ أبو الليث والفضلى. وفي الكافي وعليه الفتوى (واولوا) أي أول مشايخ العراق (هذه المسألة بانتهاء الإعارة لانقضاء المدة) أراد أن هذه المسألة فيما إذا كانت العارية موقتة وقد انتهت باستيفاء مدتها، وحينئذ يصير المستعير مودعاً والمودع لا يملك الإيداع بالاتفاق.

(قال ومن أعار أرضاً بيضاء للزراعة يكتب انك اطعمتني عند أبي حنيفة رضى الله عنه. وقالا يكتب انك اعرتني، لأن لفظة الإعارة موضوعة له) أي لعقد الإعـــارة (والكتابة بالموضوع اولى كما في إعارة الدار) حيث لا يكتب اسكنتني، وكذا في إعارة الثوب لا يكتب البستني، وبه قالت الثلاثة.

(وله) أي ولابي حنيفة (أن لفظة الاطعام أدل على المراد) من الاعارة (لانها) أي لأن لفظة الاطعام (تختص بالزراعة والاعارة ينتظمها) أي تشملها (وغيرها) أي وينتظم غيرها أيضاً (كالبناء ونحوه) مثل نصباً لفسطاط (فكانت الكتابة بهـا) أي لفظة الاطعام (أولى، بخلاف الدار لانها لا تعار إلا للسكنى والله أعـــلم بالصواب) والغرض يصير اليه معلوماً بقوله أعرتني، وكذا في الثوب والله أعلم بالصواب.



كتاب الهبة

الهبة عقد مشروع لقوله عليـــه السلام تهادوا تحابوا ،

(كتاب الهبـــة)

وجه المناسبة بين الكتابين من حيث أن كلا منهما مشتمل على التمليك، إلا أن العارية مفردة والهبة مركبة ، لان في العارية تمليك المنفعة فقط ، وفي الهبة تمليك العين مع المنفعة والهبة في اللغة مصدر من وهب يهب ، وأصلها وهب [1] لانه معتل الفاء كالعدة أصلهـا وعدة ، فلما حذفت الواو تبعاً لفعله عوضاً عنها الهاء ، فقيل هبة وعدة ومعناهـا ايصال الشيء للغير بما ينفعه ، سواء كانت مالاً أو غير مال ، يقال وهبت له مـــالاً ووهب الله فلاناً ولداً صالحاً ، ويقال وهبه مالاً ايضاً ولا يقال وهب منه ، ويسمى الموهوب هبـة وموهبة ، والجمع هبات ومواهب واتهبه منه إذا قبله ، واستوهبه إذا طلب الهبة ، وفي الشرع هي تمليك المال بلا عوض .

(والهبة عقد مشروع لقوله عليه السلام تهادوا تحابوا) هـــذا الحديث رواه عن الصحابة أبو هريرة وابن عمر وعائشة ، رضى الله عنهم أجمعين .

أما حديث أبى هريرة فرواه البخاري في كتاب المفرد في الآداب حـدثنا عمرو بن خالد ثنا ضمام بن اسماعيل سمعت موسى بن وردان عن ابي هريرة عن النبي عليه السلام قال تهادوا تحابوا . وأخرجه النسائي في كتاب الكنى عن أبي الحسين محمـــد بن بكير الحضرمي عن ضمام بن اسماعيل به ، وكذلك رواه أبو يعلى الموصلي في مسنده والبيهقي في شعب الايمان وأبي عدى في الـكامل واعله بضمام وقال إن احاديثه لا يرويها غيره .

---

(١) هكذا في الاصل وربما اراد به وهبه كما في القاموس المحيط الجزء الاول، اه مصححه.

وأما حديث ابن عمر رضى الله عنهما فرواه الحكم في كتاب علوم الحديث فقال سمعت أبا زكريا العنبري قال سمعت أبا عبدالله البوشبخي ثنا يحيى بن بكير عن ضمام بن اسماعيل عن أبي قبيل المعافري عن عبدالله بن عمرو ان النبي عليه السلام قال تهادوا تحابوا . وأما حديث ابن عمر رضى الله عنهما فرواه أبو القاسم الاصبهاني في كتاب الترغيب والترهيب من حديث اسماعيل بن اسحاق الراشدي ثناء محمد بن داود عن عبد الجبار عن ابيه عن العوام بن حوشب عن شهر بن حوشب عن ابن عمر قال قال رسول الله ﷺ تهادوا تحابوا .

وأما حديث عائشة رضى الله عنها فرواه الطبراني في معجمه الاو ط ثنا محمد بن يحيى بن محمد بن السكن ثنا ريحان بن سعيد ثنا عرعرة بن اليزيد ثنا المثنى أبو حاتم العطار عن عبيدالله بن العيزار عن القاسم بن محمد بن بكر عن عائشة قالت ، قال رسول الله ﷺ تهادوا تحابوا ، وهاجروا تورثوا اولادكم مجداً واقيلوا الكرام عثراتهم ، واخرجه مالك في الموطأ مرسلا عن عطاء الخراساني قال قال رسول الله ﷺ تصافحوا يذهب الغل وتهادوا تحابوا ويذهب الشحناء .

قوله تهادوا بفتح الدال وسكون الواو لانه ضعيفة خطاب للجماعة من التهادي واصله تهادى لانك تقول تهاد تهادياً تهاديوا قلبت الياء الفاً لتحركها وانفتاح ما قبلها ثم حذفت لالتقاء الساكنين فصار تهادوا كما في مادة تعالوا اصله تعاليوا . قال الله تعالى ﴿ قل يا أهل الكتاب تعالوا إلى كلمة سواء ﴾ ٦٤ آل عمران . قوله تحابوا بتشديد الباء المضمومة وهو ايضاً خطاب للجماعة ، وأصله تحابون ، ولكن سقطت النون لأنه جواب للأمر ، وأصله تحاببوا ، لأنه من التحابب من المحبة ، أدغمت الباء في الباء . وقال الحاكم تحابوا إما بتشديد الباء من الحب ، وإما بالتخفيف من المحاباة ، قلت ترجيح الأول الذي هو المشهور ما أخرجه البيهقي في شعب الإيمان عن صفية بنت حرب عن أم حكيم بنت وداع أو قال وادع قال سمعت رسول الله ﷺ يقول تهادوا تزيدوا في القلب حباً .

(وعلى ذلك) أى كون الهبة مشروعة (انعقد الإجماع) أي إجماع الأمة .

(وتصح) أى الهبة (بالإيجاب) كقوله وهبت ونحوه ، هذا بمجرده في حق الواهب

والقبول والقبض . أما الإيجاب والقبول فلأنه عقد ، والعقد ينعقد بالإيجاب والقبول والقبض لا بد منه لثبوت الملك . وقال مالك «رح» يثبت الملك فيه قبل القبض اعتباراً بالبيع، وعلى هذا الخلاف الصدقة.

(والقبول) كقوله قبلت (والقبض) بالجر ، أي وبالقبض فلا يتم في حق الموهوب له إلا بالقبول والقبض كما يأتي ، لأنه عقد تبرع فيتم بالمتبرع ، ولكن لا يملكه الموهوب له إلا بالقبول والقبض ، وثمرة ذلك فيمن حلف لا يهب فوهب ولم يقبل الموهوب له يحنث. وعند زفر لا يحنث بلا قبول وقبض كما في البيع ، فلا يتم ، أو حلف على أن لا يهب فلاناً فوهبه ولم يقبل يرد في يمينه عندنا .

(أما الإيجاب والقبول فلانه عقد) أي فلأن الهبة عقد نحو سائر العقود ، وذكر الضمير باعتبار العقد (والعقد ينعقد بالايجاب والقبول) لأن قيام العقد بهما (والقبض لابد منه لثبوت الملك) وبه قال الشافعي وأحمد وأكثر الفقهاء والتابعين ، إلا أن احمد يقول إن كانت الهبة عيناً تصح بدون القبض في الأصح ، وفي المكيل والموزون لا يصح بدون القبض .

(وقال مالك يثبت الملك فيه قبل القبض اعتباراً بالبيع) لأنه عقد لازم يقبل الملك فلم يتوقف على القبض كالبيع ، ولانه إزالة ملك بغير عوض فلا يعتبر فيه القبض كالوصية والوقف ، وبه قال أبو ثور والشافعي في القديم وابن أبي ليلى في كتاب التفريع لأصحاب مالك وفيمن وهب شيئاً من ماله لزمه دفعه إلى الموهوب له إذا طالبه به ، فإن أبى ذلك حكم به عليه إذا أقر أو قامت عليه البينة ، وإن أنكر الهبة حلف عليها وبرىء منها ، وإن نكل عن اليمين حلف الموهوب له وأخذها منه ، وان مات الواهب قبل دفعها إلى الموهوب له فلا شيء له إذا كان قد أمكنه اخذها ففرط فيها، وإن مات الموهوب له قبل قبضها قام ورثته مقامه في مطالبة الواهب بهبته انتهى . وقال الحرقي من أصحاب أحمد لا تصح الهبة والصدقة فيما يكال ويوزن إلا بقبضه ، ويصح في غير ذلك بغير قبض إذا قبل كما يصح في البيع . (وعلى هذا الخلاف الصدقة) فعندنا يشترط فيها القبض خلافاً لمالك « رح » .

ولنا قوله عليه السلام لا تجوز الهبة إلا مقبوضة، والمراد نفي الملك،

(ولنا قوله ﷺ لا تجوز الهبة الا مقبوضة) هــذا حديث منكر لا أصل له . والعجب من الكاكي حيث يقول قيل هذا الحديث غير مرفوع ، بل قول علي وعمر رضى الله عنهما ولم يبين ذلك ، وليس كذلك بل هذا الذي ذكره المصنف قول ابراهيم النخعي رواه عبد الرزاق في مصنفه وقــال اخبرنا سفيان الثوري عن منصور عن ابراهيم قال لا تجوز الهبة حتى تقبض والصدقة تجوز قبــل أن تقبض . وأما قول عمر رضى الله عنه فهو ما رواه البيهقي من حديث بريد بن زريع نا سعيد عن قتادة عن يحيى بن يعمر عــن أبي موسى ، قال عمر بن الخطاب رضى الله عنه لا محال ميراث ما لم يقبض .

والأحسن أن يستدل على اشتراط القبض في الهبة بما أخرجه البيهقى من حــديث عبدالله بن وهب انا مالك ويونس وغــيرهما أن ابن شهاب اخبرهم عن عروة عن عائشة رضي الله عنهما أن أبا بكر رضى الله عنه نحلها جذاذ عشرين وسقاً من مال الغابة ، فلما حضرته الوفاة قال والله يا بنية ما من الناس أحد أحب إلي غنى بعدي منك ولا أعز علي فقراً بعدي منك ، إلا اني كنت نحلتك من مالي جذاذ عشرين وسقاً ، فلو كنت جزيتـه واحترزتيه كان لك ذلك ، وإنمــا هو لأخواك وأختاك فاقتسموه على كتاب الله عز وجل ... [1] الحديث ، وكذا رواه الطحاوي في شرح الآثار وقال حدثنا يونس اخبرنا ابن وهب أن مالكاً حدثه ... إلى آخره ، فهذا ادل دليل على اشتراط القبض وبهاستدل في المبسوط وأصحاب الشافعي في كتبهم .

قوله نحلها ، أي وهب لها، والجذاذ بكسر الجيم من جذذت الشيء أجذه بالضم جذاً قطعته ، وروى جاذ عشرين وسقاً . قال الخطابي الجاذ بمعنى المجذوذ فاعل بمعنى مفعول والوسق ستون صاعاً . والغابة بالغين المعجمة وبعد الألف باء موحــدة محققة وهو موضع مشهور بالمدينة ، وفي رواية من ماله بالعالية وهو أيضاً موضع بالمدينة .

(والمراد نفي الملك) أي المراد من قوله عليه السلام لا تجوز الهبة إلا مقبوضة عدم

(١) الحديث ورد في الأصل ناقص بعض الكلمات،وقد اتممناه من كتاب بداية المجتهد ونهاية المقتصد من اول كتاب الهبات ، أ هـ مصححه .

لأن الجواز بدونه ثابت ولأنه عقد تبرع ، وفي إثبات الملك قبل القبض إلزام المتبرع شيئاً لم يتبرع به وهو التسليم فلا يصح بخلاف الوصية ، لأن أوان ثبوت الملك فيها بعد الموت ولا إلزام على المتبرع لعدم أهلية اللزوم وحق الوارث متأخر عن الوصية ، فلم يملكها .

ثبوت حكم الهبة وهو الملك (لأن الجواز) أي جواز الهبة (بدونه ثابت) أي بدون الملك ، لأن الجواز ثابت قبل القبض بالاتفاق .

(ولأنه) أي ولأن عقد الهبة (عقد تبرع ، وفي اثبات الملك قبل القبض إلزام المتبرع شيئاً) وعقد التبرع لم يلزم به شيء (لم يتبرع به وهو التسليم) أي الذي لم يتبرع به هو التسليم (فلا يصح) لأن من ضرورات الملك التسليم ، ورد بأن المتبرع بالشيء قد يلزمه ما لم يتبرع به إذا كان من تامة ضرورة تصحيحه كمن نذر أن يصلي وهو محدث لزمه الوضوء ومن شرع في صوم أو صلاة لزمه الاتمام . واجيب بأنه مغالطة ، فان ما لا يتم به الشيء إلا به فهو واجب اذا كان ذلك الشيء واجباً كما ذكرت في الصور ، فانه يجب بالنذر أو الشروع ، وما لا يتم الواجب إلا به فهو واجب والهبة عقد تبرع ابتداء وانتهاء ، فإنه لو وهب وسلم جاز له الرجوع فكيف قبل التسليم فلا يجب ما يتم به .

(بخلاف الوصية ، لأن أوان ثبوت الملك فيها بعد الموت) لما قاس مالك الهبة على الوصية والوقف في عدم اشتراط القبض ، أجاب عن ذلك بقوله بخلاف الوصية أراد بين الهبة والوصية فرقاً ، وهو أن الملك لا يثبت في الوصية إلا بعد الموت ، وحينئذ لايتصور الالزام على المتبرع لعدم اهلية اللزوم ، وهو معنى قوله (ولا إلزام على المتبرع لعدم اهلية اللزوم) يعني بالموت ، و كذلك القياس على الوقف غير صحيح، لأنه إخراج ملك إلى الله تعالى والتصدق بمنفعته ، وفيه لا يشترط القبض (وحق الوارث متأخر) جواب عما يقال الوارث يخلف الموصي في ملكه فوجب أن يتوقف ملك الموصى له على تسليم الوارث اليه ، وتقريره أن حق الوارث متأخر (عن الوصية فلم يملكها) أي الوصية ،يعني لما يكن الوارث خليفة له فيها ليقام مقام الميت ، فلا معتبر لتسليمه ، لانه لم يملكها ولا قام مقام المالك فيها .

فإن قبضه الموهوب له في المجلس بغير أمر الواهب جاز استحساناً . وإن قبض بعد الإفتراق لم يجز إلا أن يأخذ له الواهب في القبض والقياس أن لا يجوز في الوجهين ، وهو قول الشافعي « رح » لأن القبض تصرف في ملك الواهب إذ ملكه قبل القبض باق فلا يصح بدون إذنه . ولنا

(فإن قبضها الموهوب له في المجلس بغير أمر الواهب جاز استحساناً) هـذا لفظ القدوري رحمه الله في مختصره ، يعني ان قبض الهبة الموهوب له في مجلس العقد بغير إذن الواهب جاز ، وصحت الهبة استحساناً . وقال الكرخي « رح » في مختصره فإن أذن له في القبض فقبض الهبة بحضرته أو بغير حضرته جاز القبض ، وإن وهب له ديناً على رجل وأذن له أن يقبضه من الذي هو عليه جاز اذا قبض ذلك استحساناً ايضاً ، وإن لم يأذن له في قبض الدين لم يجز الهبة ، وإن قبضه الموهوب له وإن كان ذلك بحضرة الواهب،لان المالك الذي يقبض عن الدين ملك الذى عليه الدين حتى يقبضه صاحب الدين ، أو يجعل قبضه إلى غيره فيقبضه الغير .

(وإن قبض بعد الافتراق لم يجز الا أن يأذن له الواهب في القبض ، والقيـاس أن لا يجوز في الوجهين) أي فيما اذا قبض في المجلس بأذن الواهب ، وفيما اذا قبض بعد الافتراق بدون اذنه .

وبالقياس (وقال الشافعي لان القبض تصرف في ملك الواهب اذ ملك الواهب اذا ملكه قبل القبض باق) بالاتفاق ، بدليل صحة تصرفه من البيع والاعتاق (فـلا يصح بدون اذنه) لان التصرف في ملك الغير بغير الاذن غير صحيح .

(ولنا) أراد به وجه الاستحسان ، قيل ذكر لنا ها هنا غير مناسب ، لانـه ذكر القياس والاستحسان ولم يذكر قول الخصم في المتن ، فلم يكن ذكرلنا مناسباً ، بل كان المناسب ان يقول وجه الاستحسان . قلت لما كان القياس هو قول الشافعي « رح »ووجه الاستحسان قولنا ناسب أن يقول ولنـا ، وأن يصرح بذكر الشافعي رضي الله عنـه

أن القبض بمنزلة القبول في الهبة من حيث أنـــه يتوقف عليه ثبوت حكمـه وهو الملك ، والمقصود منـــه إثبات الملك فيكون الإيجاب منـــه تسليطاً له على القبض ، بخلاف مـا إذا قبض بعد الافتراق ، لأنا إنما أثبتنا التسليط فيه إلحاقاً له بالقبول ، والقبول يتقيـــد بالمجلس ، فكذا ما يلحق به. بخلاف ما إذا نهاه عن القبض في المجلس ، لأن الدلالة لا تعمل في مقابلة الصريح .

(أن القبض بمنزلة القبول في الهبة) أى القبض في الهبة بمنزلة القبول في البيـع، وقوله في الهبة يتعلق بقوله أن القبض لا بقوله القبول ، فافهم . وكون القبض فيها مثل القبول في البيـع (من حيث أنه يتوقف عليه ثبوت حكمه وهو الملك) أى على القبول، فاذا كان القبض مثل القول لا يثبت حكم الملك الا بالقبض ، كما لا يثبت الملك الا بالقبول (والمقصود منه) أي مقصود الواهب من عند الهبة (اثبات الملك) للموهوب له (فيكون الايجاب منه)أي عن الواهب (تسليطاً له على القبض) تحصيلاً بمقصوده ، فكان ادنى دلالة .

(بخلاف ما اذا قبض بعد الافتراق) حيث يشترط فيه الاذن صريحـــاً (لأنا) وفي بعض النسخ لأنه ، أى لأن الشأن (إنما أثبتنا التسليط فيه إلحاقاً له) أى للقبض (بالقبول والقبول يتقيد بالمجلس ، فكذا ما يلحق به) أى بالقبول وهو القبض .

(بخلاف ما إذا نهاه) كان ينبغي أن يقول وبخـــلاف بو او العطف عطفاً على قوله بخلاف ما إذا قبض بعد الافتراق ، لأن حكمها واحد ، وهذا جواب عن سؤال مقـــدر تقديره أن يقال يلزم على هـــذا ما إذا نهى من القبض ، فإن التسليط موجود ولم يجوز له القبض . وتقرير الجواب أنه إذا نهاه يعنى صريحاً (عن القبض في المجلس) بأن قـــال له لا تقبض فانه لا يصح قبضه في المجلس وبعده (لأن الدلالة لا تعمل في مقابلة الصريح) اراد بالدلالة الاذن الحاصل من إيجاب الواهب للقبض ، والصريح هو قوله لا تقبض ، فإن الإذن الذي حصل من الايجاب دلالة بطل بوجود صريح النهي ، لان الدلالة لا تقابل الصريح وفيه مناقشتان ، الأول ان القبض لو كان بمنزلة القبول لما صح الأمر بالقبض بعد المجلس كالبيع

قال وتنعقد الهبة بقوله وهبت ونحلت وأعطيت ، لأن الأول صريح فيه ، والثاني مستعمل فيه ، قال عليه السلام أكل أولادك نحلت مثل هذا ، وكذا الثالث يقال أعطاك الله ووهبك الله بمعنى واحد ،

الثانية أن مقصود البائع من البيع ثبوت الملك للمشتري ، إذا تم الإيجاب والقبول والمبيع حاضر لم يجعل إيجاب البائع تسليطاً على القبض ، حتى لو قبضه المشتري بدون إذنه جاز له أن يسترده ويحبس الثمن .

الجواب عن الأولى أن الإيجاب من البائع شطر العقد وهو لا يتوقف على ما وراء المجلس ، وفي الهبة وجد عقد تام وهو يتوقف على ما وراءه . وعن الثانية فإنا لا نسلم أن مقصود البائع من عقد البيع ثبوت الملك للمشتري ، بل مقصوده منه تحصيل الثمن لا غير وثبوت الملك له ضمني فلا يعتبر به .

(قال) أي القدوري رحمه الله (وتنعقد الهبة بقوله وهبت ونحلت وأعطيت ، لأن الأول) أي قوله وهبت (صريح فيه) أي في عقد الهبة (والثاني) أي قوله نحلت (مستعمل فيه) أي في عقد الهبة ، أراد به مجاز فيه وهو أيضاً صريح ، لأن المجاز المتعارف كالصريح ، إلا أن قوله وهبت لما كان صريحاً حقيقة ونحلت واخوته صريحاً مجازاً فرق بينهما (قال النبي ﷺ أكل أولادك نحلت مثل هذا) هذا الحديث أخرجه الأئمة الستة عن النعمان بن بشير قال إن أباه أتى النبي ﷺ فقال إني نحلت ابني هذا غلاماً كان لي فقال رسول الله ﷺ أكل ولدك نحلت مثل هذا ، قال لا ، فقال رسول الله ﷺ فارجعه أخرجه البخاري ومسلم في الهبة وابو داود رضى الله عنه في البيع مختلفاً والمعنى واحد. والعجب من الكاكي مع إدعائه أن له إطلاعاً في الحديث أنه لما ذكر هذا الحديث قال كذا في المبسوط ، فهذا قول من لم يحم حول كتب الحديث ولا طرق في سمعه اسم البخاري ومسلم ولا غيرهما .

(وكذا الثالث يقال اعطاك الله ووهبك الله) يعني أراد بالثالث قوله أعطيت أي هو أيضاً مستعمل في عقد الهبة مجازاً كما يقال أعطاك الله ووهبك الله (بمعنى واحد ،

وكذا ينعقد بقوله أطعمتك هذا الطعام وجعلت هذا الثوب لك ، وأعمرتك هذا الشيء ، وحملتك على هذه الدابة إذا نوى بالحمل الهبة. أما الأول فلأن الإطعام إذا أضيف إلى ما يطعم عينه يراد به تمليك العين ، بخلاف ما إذا قال أطعمتك هذه الأرض حيث يكون عارية ، لأن عينها لا يطعم فيكون المراد أكل غلتها . وأما الثاني فلأن حرف اللام للتمليك .

وكذا ينعقد بقوله أطعمتك هذا الطعام وجعلت هذا الثوب لك ، وأعمرتك هذا الشيء وحملتك على هذه الدابة إذا نوى بالحمل الهبة) هذه أربعة ألفاظ ، ثلاثة تنعقد بها الهبة مطلقاً والرابع وهو حملتك لا ينعقد بالنية على ما يجيء الآن .

(أما الأول) يعني قوله أطعمتك هذا الطعام (فلأن الإطعام إذا أضيف إلى ما يطعم عينه ، يراد به تمليك العين) بغير عوض ، فيكون هبة (بخلاف ما إذا قال أطعمتك هذه الأرض ، حيث يكون عارية لأن عينها لا يطعم) أي لأن الأرض والتذكير باعتبار المذكور ، وفي بعض النسخ لأن عينها وهو الأصوب ، فيكون المعنى أطعمتك ما يحصل منها ، فكان تمليكاً لمنفعة الأرض دون عينها (فيكون المراد أكل غلتها) أى إذ كان كذلك يكون من قوله أكل غلة الأرض وهو ريعها . وقال الاترازي رحمه الله ولنا في تقرير صاحب الهداية نظر لأنه قال ان الاطعام إذا أضيف إلى ما يطعم عينه يراد به تمليك العين ، فعلم هذا ينبغي أن يكون المراد من الإطعام في الكفارة التمليك إلا الإباحة كما هو مذهب الخصم ، لأن المراد من الأطعام إطعام الطعام ، والطعام يؤكل عينه ، فكان الإطعام في الآية منافياً إلى ما يطعم عينه فافهم ، قلت لا نسلم أنه أضيف إلى ما يؤكل عينه بل هو مضاف إلى عشرة مساكين ، فافهم .

(وأما الثاني) يعني قوله جعلت هذا الثوب لك (فلأن حرف اللام للتمليك)فكان معناه ملكت هذا الثوب لك . ألا ترى أن في التمليك ببدل لا فرق بين لفظ الجعل والتمليك ، فكذا في التمليك بغير بدل ، وكسوتك هذا الثوب بمعناه لأنه لتمليك العين

وأمـــا الثالث فلقوله عليه السلام فمن أعمر عمرى فهي للمعمر له ولورثته من بعده ، وكذا إذا قال جعلت هذه الدار لك عمرى لما قلنا. وأمـــا الرابع فلأن الحمل هو الإركاب حقيقة فيكون عاريـــة ، لكنه يحتمل الهبة يقال حمل الأمير فلاناً على فرس ويراد به التمليك فيحمل عليه عند نيته . ولو قال كسوتك هذا الثوب يكون هبة ، لأنه يراد به التمليك . قال الله تعالى ﴿ أو كسوتهم ﴾ ،

قال الله تعالى ﴿ وكسوتهم ﴾ والكفارة لا تتأدى إلا بتمليك الثوب .

(وأما الثالث) يعني قوله وأعمرتك هذا الشيء (فلقوله عليه السلام فمن أعمر عمرى فهي للمعمر له ولورثته من بعده) هذا الحديث أخرجـــه مسلم وأبو داود والترمذي والنسائي وابن ماجة عن جابر رضى الله تعالى عنه قال ، قـــال رسول الله ﷺ من اعمر رجلاً عمرى له ولعقبه فقد قطع . قوله حقه فيها وهي لمن أعمر ولعقبه .

(وكذا إذا قال جعلت هذه الدار لك عمرى) يقال أعمرته داري أو أرضاً أو إبلا إذا أعطيته إياها وقلت هي لك عمرى او عمرك ، فإذا مت رجعت إلي ، والعمرى اسم (لما قلناه) أشار به إلى قوله فلأن حرف اللام للتمليك .

(وأما الرابـع) يعني قوله وحملتك على هذه الدابة (فلأن الحمل هو الإركاب حقيقة فيكون عارية) قيل كيف يستقيم هذا القول وقد قال في العارية إن حملتك والتمليك العين قلت قدر هذا النظر هناك.وتحرير الجواب أن قوله هاهنا حقيقة بالنظر إلى الوضع،وقوله هناك لتمليك العـــين ، يعني في العرف والاستعمال ، ولكن الحقيقة ما هجرت بالعرف فيصير كأنه مشترك (لكنه يحتمل الهبة ، يقال حمل الأمير فلاناً على فرس) أى ملكه إياها ، وهو معنى قوله (ويراد به التمليك فيحمل عليه) أى على التمليك (عند نيته) فإذا نوى ما يحتمله لفظه وفيه تشديد عليه فيعتبر نيته .

(ولو قال كسوتك هذا الثوب يكون هبة) هذا من مسائل المبسوط ذكره تفريعـــاً على مسألة القدوري رحمه الله (لأنه يراد به التمليك ، قال الله تعالى﴿ أو كسوتهم﴾) فإن

ويقال كسى الأمير فلاناً ثوباً ، أي ملكه منه . ولو قال منحتك هـــذه الجارية كانت عارية لما روينا من قبل . ولو قال داري لك هبة سكنى أو سكنى هبة فهي عارية لأن العارية محكمة في تمليك المنفعة والهبة تحتملها وتحتمل تمليك العين فيحمل المحتمل على المحكم .وكذا إذا قال عمرى سكنى أو نحلي السكنى

المراد به تمليك العين لا تمليك المنفعة (ويقال كسى الأمير فلاناً ثوباً ، أى ملكه منه) أى من فلان (ولو قال منحتك هذه الجارية كانت عارية لما روينا من قبل) أراد به ما ذكره من قوله عليه السلام المنحة مردودة ، ولكن إذا نوى التمليك يثبت ، لأنه محتمل كلامه .

(ولو قال دارى لك هبة سكنى أو سكنى هبة فهي عارية) وهـــذا من مسائل الجامع الصغير ، وصورتها فيه محمد عن يعقوب عن أبي حنيفة رحمه الله في الرجل يقول هذا لك هبة سكنى ودفعها اليه قال هذه عارية . وان قال هي لك هبة تسكنها فهي هبة ، وإن قال هي لك سكن هبة فهي سكنى ، انتهى ، ونصب الهبة في الموضعين على الحـال والتعيين لمـــا في قوله دارى لك من الإبهام (لأن العارية محكمة في تمليك المنفعة والهبة تحتملها) أى تحتمل المنافع (وتحتمل تمليك العين ، فيحمل المحتمــل على المحكم) يعني صار المحكم قابضاً على المحتمل ، فكانه قال سكنى داري لك فيكون عارية ، لأن العارية محكم .

فإن قلت من أين تقول أنها محكم ، قلت لانها لا تحتمل تمليك الرقبة لأنه خرج تفسير الأول الكلام فيعتبر به حكم أول الكلام . قالت الشراح كان حق الكلام ان يقول لأن السكنى محكم في تمليك المنفعة ، وكذا ذكره في المبسوط حيث قال لأن السكنى محكم وأجيب بأن السكنى لا يحتمل إلا العارية فاطلق عليه اسم العارية .

(وكذا إذا قال عمرى سكنى أو نحلى سكنى) بضم النون وسكون الحـاء وهي

أو سكنى صدقة أو صدقة عارية أو عارية هبة لما قدمناه . ولو قال هبة تسكنها فهي هبة ، لأن قوله تسكنها مشورة وليس بتفسير له ، وهو تنبيه على المقصود . بخلاف قوله هبة سكنى ، لأنه تفسير له . قال ولا يجوز الهبة فيما يقسم إلا محوزة مقسومة

العطية (أو سكنى صدقة) بأن قال داري لك سكنى صدقة (أو صدقة عارية) بان قال داري لك صدقة (أو عارية هبة لما قدمناه) المحتمل على المحكم .

(ولو قال هبة تسكنها فهي هبة) ذكر في المبسوط.ولو قال داري لك هبة تسكنها، أو قال عمرى لتسكنها وسلمها اليه فهي هبة (لان قوله هبة تسكنها مشورة) بفتح الميم وضم الشين بمعنى الشورى ، وهي استخراج رأي على غالب الظن (وليس بتفسير له) لان الفعل لا يصلح تفسيراً للاسم (وهو تنبيه على المقصود) بأن قال ملكه الدار عمره ليسكنها وهو معلوم ، وإن لم يذكره فلا يتغير به حكم التمليك بمنزلة قوله هذا الطعام تأكله وهذا الثوب تلبسه فان شاء قبل مشورته وفعل ما قال ، وإن شاء لم يقبل .

(بخلاف قوله هبة سكنى لانه تفسير له) لان قوله سكنى اسم فجاز ان يكون تفسير الاسم آخر ، فيتغير به أول الكلام كما في الاستثناء والشرط فيكون عارية .

(قال) أي القدوري رحمه الله (ولا يجوز الهبة فيما يقسم إلا محوزة) أي مفرغة عن املاك الواهب ، حتى لا تصلح هبة الثمر على الشجر والزرع في الارض بدون الشجر والارض ، وكذا العكس عندنا (مقسومة) احترز به من المشاع ، قيل في الفرق بين ما يقسم وبين ما لا يقسم كل شيء يضره التبعيض ويوجب نقصاناً في ماليته ، فإنه لا يحتمل القسمة كالدراهم والدنانير فهبة بعضه جائز بلا خلاف . وقيل كل ما يفوت بالقسمة منفعته أصلاً كالعبد أو جنس منفعته كالحمام والرجى فهو لا يحتمل القسمة .

وقيل كل مشترك بين اثنين لو طلب أحدهما قسمة ، وإلى الآخر فالقاضي لا يجبره على القسمة ، وهو مما لا يحتمل القسمة ، ثم الشيوع المقارن للهبة فيما يحتمل القسمة مفسد

لا الطارىء ، حتى لو وهب شيئاً فرجع في بعضه تصح الهبة ، والعـــبرة في الشيوع وقت القبض لا وقت العقد ، حتى لو وهب مشاعاً وسلم مقسوماً يجوز ، وكذا لو وهب نصف الدار ولم يسلم ثم وهب النصف الآخر وسلمه جازت الهبة أو وهب تمراً في نخل أو زرعاً في ارض ، ثم سلم بعد ذلك مفرزاً يجوز ، كذا في الذخيرة وغيره فعلم مما هـذا أن معنى قوله لا يجوز الهبة فيما يقسم إلا محوزة مقسومة لا تثبت الملك فيه لا يحوزه مقسومة ،لأن الهبة في نفسها فيما يقسم تقع جائزة ، ولكن غير مثبتة للملك . قبل تسلمه مفرزاً نظـير نظيره البيع بشرط الخيار .

وفي الخائط قال علماؤنا رحمهم الله هبة المشاع فيما يحتمل القسمة لا يتم ، ويفيد الملك قبل القسمة . وقال الشافعي « رح » إنها تامة وبعض اصحابنا رحمهم الله قالوا إنها فاسدة والأصح ما قلناه كالهبة قبل القبض ، ولا يقال إنها فاسدة بل غير تامة ، كذا هـــذا . واجمعوا على أن هبة المشاع لا يحتمل القسمة كالعبد والدابة تامة ، كذا قال عـــلاء الدين رحمه الله العالم في طريقة الخلاف . وقال في الطريقة البرهـــانية ، قال علماؤنا رحمهم الله وهبة المشاع فيما يحتمل القسمة يفيد الملك بالتخلية . وقال شيخ الإسلام أبو بكر رحمه الله المعروف بخواهر زاده في مبسوطه قال علماؤنا إذا وهب مشاعـاً يحتمل القسمة لا يجوز سواء كان وهب في الاجنبي أو من شريكه . وقال الشافعي رضي الله عنه يجوز من الأجنبي ومن الشريك ، وقال ابن أبي ليلى رحمه الله إن وهب من الأجنبي لم يجز ، وإن وهب من الشريك جاز واجمعوا على انه إذا وهب ما لا يحتمل القسمة فإنه يجوز .

(وهبة المشاع فيما لا يقسم جائزة) معناه هبة المشاع لا يحتمل القسمة جائزة ، لأن المشاع غير مقسوم ، فيكون المعنى ظاهر أووهبت النصيب الغير مقسوم فيما هو غـــير مقسوم ، وذلك مستنكر ودفعه بما ذكرنا ، فافهم .

(وقال الشافعي رضى الله عنه يجوز في الوجهين) أي فيما يحتمل القسمة وفيمالايحتمل وبه قال مالك واحمد رحمهما الله . وفي الروضة يجوز هبة المشاع سواء المنقسم وغيره سواء وهبة للشريك أو غيره ، ويجوز هبة الأرض المزروعة مع زرعها وعكسه . وفي الجواهر

لأنه عقد تمليك فيصح في المشاع وغيره كالبيع بأنواعه ، وهـــذا لأن المشاع قابل لحكمه وهو الملك ، فيكون محلا له ، وكونه تبرعاً لا يبطله الشيوع كالقرض والوصيـة ولنا أنـ القبض منصوص عليه في الهبة

للمالكية ولا يمتنع بالشيوع ، وإن كان قبل القسمة وتصح هبة المجهول والآبق والكلب ، وفي فتاوى الحنابلة وتصح هبة المشاع وإن تعذرت قسمته ، ويصح من الشريك وغـــيره سواء كان مما ينقل ويحول أو لم يكن،وسواء كان مما ينقسم أو مما لا يأتي قسمته كالشقص في العبد والدابة والجوهرة والسرخي (لأنه عقد تمليك فيصح في المشاع كالبيـع بانواعه) من الصحيح والفاسد والصرف والسلم (وغيره) فإن الشيوع لا تمنع تمام القبض في هـذه العقود بالإجماع .

(وهذا) أي جوازه (لأن المشاع قابل لحكمه) أي لحكم عقد الهبة (وهو الملك فيكون محلاً له) كالمبيع والإرث وكل ما هو قابل لحكم عقد يصلح ان يكون محلاً له ، لأن المحلية غير القابلية أو لازم من لوازمها ، فكان العقد صادراً من أهله مضافاً إلى محله ، ولا مانع ثمة فكان جائزاً (وكونه تبرعاً لا يبطله الشيوع) جواب عن سؤال مقدر تقديره أن يقال البيع لا يفتقر إلى القبض ، بخلاف الهبة فانه عقد تبرع ومحتاج الى القبض ، فلوقلنا بجوازه في المشاع يلزم في ضمنه وجوب ضمان القسمة وهو لم يتـــبرع به ، فأجاب بقوله وكونه أي وكون الهبة والتذكير باعتبار الوهب أو المذكور تبرعاً لا يبطله الشيوع، يعني لم يعهد ذلك مبطلاً في التبرعات .

(كالقرض) بأن دفع الف درهم إلى رجل على أن يكون نصفه قرضاً يعمل في النصف الآخر شركة ، فأنـــه يجوز مع أن القبض شرطاً لوقوع الملك في القرض ، ثم لا يشترط القسمة (والوصية) بأن اوصى لرجلين بألف درهم فان ذلك صحيح،فدل على ان الشيوع لا يبطل التبرع حتى يكون مانعاً .

(ولنا أن القبض منصوص عليه في الهبـة) أراد به ما ذكره من قوله عليه السلام

فيشترط كماله ، والمشاع لا يقبله إلا بضم غيره إليه ، وذلك غير موهوب ، ولأن في تجويزه إلزامه شيئاً لم يلتزمه وهو القسمة ، ولهذا امتنع جوازه قبل القبض كيلا يلزمه التسليم . بخلاف ما لا يقسم ، لأن القبض القاصر هو الممكن فيكتفى به ، ولأنه لا يلزمه مؤنة

لا تجوز الهبة إلا مقبوضة وفيه نظر ، لأنه قد تقدم أن هذا الحديث لا أصل له ولم يثبت عن النبي ﷺ في اشتراط القبض في الهبة شيء ، ولو ثبت اشتراط قبضه فقبض كل شيء بحسبه (فيشترط كماله) أي كمال القبض ، لأن التنصيص عليه يدل على الاعتناء بوجوده ، حتى لو استقبل الحطيم لا تجوز صلاته لأنه من البيت بالسنة ، وهذا لأن الثابت من وجه دون وجه لا يكون ثابتاً مطلقاً ، وبدون الإطلاق لا يثبت (والمشاع لا يقبله) أي القبض (إلا بضم غيره اليه) الموهوب إلى الموهوب (وذلك) أي الغير (غير موهوب) وغير ممتاز عن الموهوب ، فصارت الحيازة ناقصة فلا ينتهض لإفادة الملك .

(ولأن في تجويزه) عقد الهبة في المشاع (إلزامه) أي إلزام الواهب (شيئاً لم يلتزمه وهو القسمة) لأنه لو ملكه قبل القسمة لطالبه بالقسمة ، فيصير عقد التبرع موجباً ضمان المقاسمة عليه وهو خلاف موضع التبرع .

فإن قيل هذا ضرر مرضي ، لأن إقدامه على هبة المشاع يدل على التزامه ضرر القسمة والصائر من الضرر ما لم يكن مرضياً ، أجيب بان المرضي منه ليس القسمة ولا ما يستلزمها لجواز ان يكون راضياً بالملك المشاع ، وهو ليس بقسمة ولا يستلزمها ، قيل هذه العلة غير مطردة ، لأنهم قالوا لا تجوز الهبة من الشريك وليس ثمة ضرر القسمة ، وكذلك قال أبو حنيفة رحمه الله لا تجوز هبة واحد من اثنين وليس فيه ضرر القسمة ، قلت وجود العلة تراخى في جنس الحكم لا في كل صورته .

(ولهذا) أي ولأن تجويز هذا العقد إلزام ما لم يلتزم (امتنع جوازه) أي جواز ثبوت الملك (قبل القبض كيلا يلزمه التسليم) وهو لا يتحقق بدون مؤنة القسمة (بخلاف ما لا يقسم ، لأن القبض الظاهر هو الممكن فيكتفى به) ضرورة (ولأنه لا يلزمه مؤنة

القسمة والمهايأة تلزمه ، فما لم يتبرع فيه وهو المنفعة والهبة لاقت العين والوصية ليس من شرطها القبض ، وكذا البيـــع الصحيح والبيع الفاسد والصرف والسلم فالقبض فيها غير منصوص عليه،

القسمة) وقد قيل ان هذا الذي ذكره كله مرتب على اشتراط كمال القبض ، وفي اشتراط اصله نظر ، فكيف باشتراط كماله ، والصحيح جواز هبة المشاع ورهنه وإجازته ووقفه كما يجوز بيعه وقرضه والوصية به ، ولا زال الناس على ذلـك ولم يرد في رده كتاب ولا سنة ولا إجماع ، فإن طلب الموهوب له القسمة والزم بها الواهب فهو كما إذا الزم بهـا البائع وقد باع حصة مما يملكه ، فكان أن ذلك لا يمنـــع من صحة البيع وإن كان فيه إلزام بما لا يلتزمه ، فكذلك لا يمنع من صحة الهبة .

(والمهايأة تلزمه) هذا جواب سؤال يرد علينا ، تقديره أن يقال ينبغي أن لا يجوز فيما لا يحتمل القسمة ، لأنه يلزم المهايأة ، وفي إيجابها إلزام ما لم يلتزم . وتقرير الجواب أن المهايأة تلزمه (فيما لم يتبرع به وهو المنفعة والهبة لاقت العين) فلم يكن ذلك زمـــانا في عين ما تبرع ، بل هذه من ضرورات الانتفاع بملكه .

ولقائل أن يقول إلزام ما لم يلتزم الواهب بعقد الهبة إن كان مانعاً عن جوازها وجد وإن حصصتم بعودة إلى ما تبرع به كان محكمـاً . والجواب بتحصيصه بذلك وبدفـــع التحكم بأن في عوده إلى ذلك إلزام زيادة عين هي أجرة القسمة على العين الموهوبة بإخراجها عن ملكه وليس في غيره ذلك ، لأن المهايأة لا تحتاج إليها ولا يلزم ما إذا أتلف الواهب الموهوب بعد التسليم فإنه يضمن قيمته للموهوب له ، وفي ذلك إلزام زيادة عين على مـــا تبرع به ، لأن ذلك بالإتلاف لا بعقد التبرع .

(والوصية ليس من شرطها القبض) هذا جواب عن قوله كالقرض ما لوصيته. تقريره أن الشيوع مانع فيما يكون القبض من شرطه لعدم تحققه في المشاع والوصية ليست كذلك (وكذا البيع الصحيح والبيع الفاسد والصرف والسلم فالقبض فيها) يعني وكذا حـــكم البيـع ... إلى آخره ، أراد به وإن كان القبض فيها شرطاً للملك ، ولكنه (غيرمنصوص

ولأنها عقود ضمان فتناسب لزوم مؤنة القسمة ، والقرض تبرع من وجه وعقد ضمان من وجه ، فشرطنا القبض القاصر دون القسمة عملاً بالشبهين على أن القبض غير منصوص عليه فيه . ولو وهب من شريكه لا يجوز ، لأن الحكم يدار على نفس الشيوع .

عليه) فلا يصح نفيه . قلنا كلامنا فيما يكون القبض منصوصاً عليه لثبوت الملك ابتداء، وفي الصرف لبقائه في ملكه فليس فيما نحن فيه ، وكذا الكرام في السلم ، فان اشتراط قبض رأس المال للاحتراز وهو النسيئة بالنسيئة ، وكذا فسره أبو عبيد القاسم بن سلام رحمه الله ، وروى الحديث ايضاً وقال حدثني زيد بن الحباب عن موسى بن عبيد عن عبدالله بن دينار عن ابن عمر رضي الله عنه عن النبي ﷺ أنه نهى عنه .

(ولأنها) أي ولأن الأشياء المذكورة (عقود ضمان فتناسب لزوم مؤنة القسمة) يعني تناسب تعلق ضمان القسمة بها ، بخلاف الهبة (والقرض تبرع) هذا من تتمة الجواب عن قوله كالقرض والوصية أي القرض تبرع (من وجه) بدليل انه لا يصح من الصبي والعبد (وعقد ضمان من وجه) فان المستقرض مضمون بالمثل (فشرطنا القبض القاصر) أي إذا كان كذلك فلشبهة التبرع شرطنا العقد كما في الهبة والشبهة بعقد الضمان لم يشترط القسمة ، وهو معنى قوله (دون القسمة) كما في البيع ، فاكتفي فيه بالقبض القاصر (عملاً بالشبهين) وهما شبه التبرع وشبه المال ، وانتصاب عملاً على التعليل أي لأجل العمل بالشبهين (على أن القبض غير منصوص عليه فيه) أي في القرض ليراعى وجوده على اكمل الجهات .

(ولو وهب من شريكه لا يجوز لأن الحكم يدار على نفس الشيوع) هذا جواب سؤال يقال من جهة الخصم ، تقريره أن يقال عدم جواز الهبة في المشاع لا يخلو من أحد الأمرين ، أما أن يكون دائراً على نفس الشيوع أو على لازم المطالبة بالقسمة إن قلتم بالأول يبطل بالمشاع الذي لا ينقسم . وإن قلتم بالثاني يبطل بما إذا وهب نصيبه من شريكه فانه لا يجوز عندكم ، مع انه ليس فيه لزوم المطالبة بالقسمة .

قال ومن وهب شقصاً مشاعاً فالهبة فاسدة لما ذكرنا ، فإن قسمه وسلمه جاز ، لأن تمامه بالقبض ، وعنده لا شيوع . قال ولو وهب دقيقاً في حنطة أو دهناً في سمسم فالهبة فاسدة ، فإن طحن وسلمه لم يجز ، وكذا السمن في اللبن ، لأن الموهوب معدوم ،

وتقرير الجواب أن الحكم معلق بنفس الشيوع في محل يتصور فيه المطالبة بالقسمة ، فأقيم الشيوع مقام المطالبة بالقسمة ، لكن في الموضع الذي يتصور فيه القسمة وهيئة نصيبه من شريكه من هذا القبيل ، فأقيم الشيوع فيه مقامها . وقال الكاكي رحمه الله هذا في الحقيقة جواب عن قول ابن أبي ليلى رحمه الله ، فان عنده هبة المشاع فيما يحتمل القسمة يجوز من الشريك لعدم استحقاق ضمان القسمة ، قلت هذا يفيد ، وإن كان له وجه ، لأن هذا الكلام من تتمة الجواب فيما أورد الخصم علينا على ما لا يخفى .

(قال) أي القدوري رحمه الله (ومن وهب شقصاً) بكسر الشين المعجمة وسكون القاف ، أي نصيباً (مشاعاً ، فالهبة فاسدة) معناه لا يثبت الملك قبل تسليمه مفرزاً لأن الهبة في نفسها جائزة على ما قررناه عن قريب (لما ذكرنا) من ان الهبة فيما يقسم لايجوز إلا محرزة مقسومة (فان قسمه) أي فإن قسم المشاع وأفرز نصيبه (وسلمه) إلى الموهوب له (جاز) أي يثبت الملك حينئذ ، ثم في الهبة الفاسدة لو قبضه مشاعاً فهلك عند الموهوب له ، ذكر ابن رستم أنه يضمن ولا يفيد الملك وبه أخذ الطحاوي . وقال عصام يفيد الملك ولا يكون مضمونه في يده ، وبه أخذ بعض المشايخ ، كذا في فتاوى قاضي خان (لأنه تمامه بالقبض وعنده) أي عند القبض (لا شيوع) فلا فساد .

(قال) أي القدوري (ولو وهب دقيقاً في حنطة أو دهناً في سمسم فالهبة فاسدة) الأصل هنا أن المحل إذا كان معدوماً حالة العقد لم ينعقد إلا بالتحديد ، بخلاف ما إذا كان مشاعاً فانه بعد الإفراز لا يحتاج إلى التحديد على ما يجيء الآن (فان طحن) الحنطة (وسلمه) الدقيق (لم يجز ، وكذا السمن في اللبن ، لأن الموهوب معدوم) يعني ليس بموجود بالفعل ، وإنما يحدث بالطحن والعصر ولا معتبر بكونه موجوداً بالقوة ، لأن عامة

ولهذا لو استخرجه الغاصب يملكه ، والمعدوم ليس بمحل للملك فوقع العقد باطلاً فلا ينعقد إلا بالتجديد ، بخلاف ما تقدم ، لأن المشاع محل للتمليك ، وهبة اللبن في الضرع والصوف على ظهر الغنم والزرع والنخل في الأرض ، والتمر في النخيل بمنزلة المشاع ،

الممكنات كذلك ، ولا تسمى موجودة ، وبهذا يخرج الجواب عن ما قيل ينبغي أن يجوز بيع الدهن بالسمسم مطلقاً بلا اشتراط أن يكون الدهن الصافي اكثر مما في السمسم.

(ولهذا) أي ولكون الموهوب معدوماً (لو استخرجه الغاصب) بأن غصب سمسما فاستخرج دهنه فانه (يملكه) لأنه وقت الغصب لم يكن موجوداً ، فلم يرد عليه الغصب (والمعدوم ليس بمحل للملك ، فوقع العقد باطلا فلا ينعقد إلا بالتجديد) أي بتجديد العقد (بخلاف ما تقدم) وهو المشاع ، فانه لا يحتاج فيه إلى تجديد العقد (لأن المشاع محل للتمليك) لكونه موجوداً وقت العقد ، ويتصور القبض منه ، لكن لا على سبيل الكمال ، وهذا يصح بيعه بالإجماع والمانع فيه لمعنى في غيره وهو العجز عن التسليم، فاذا زال المانع انقلب جائزاً ..

وقال الكرخي رحمه الله في مختصره ولو وهب رجل لرجل ما في بطن جاريته أوما في بطن غنمه أو ما في ضروعها، أو وهب له سمناً من لبن قبل أن يسلى ، او زبد منه قبل أن يمخض أو دهناً من سمسم قبل أن يعصر أو زيتاً من زيتون أو دقيقا من حنطة وسلطه على قبضه عند الولادة أو عند استخراج ذلك ، فان ذلك لا يجوز ولا يشبه هذا الدين يهبه ويسلطه على قبضه ، لأن الدين الذي في ذمة الغريم لم يجوز بيعه منه وهبته له وغير ذلك مما ذكرنا لا يجوز هذا فيه ، انتهى .

(وهبة اللبن في الضرع ، والصوف على ظهر الغنم والزرع والنخل في الأرض والتمر في النخيل بمنزلة المشاع) يعني لا يجوز كما في المشاع ، وعند الثلاثة يجوز ، ثم عندنا إذا حلب اللبن وجز الصوف وسلمه وقبضه الموهوب له جاز استحساناً كما في المشاع إذاوهبه

لأن امتناع الجواز للاتصال وذلك يمنع القبض كالمشاع . قال وإذا كانت العين في يد الموهوب له ملكها بالهبة وإن لم يجدد فيه قبضاً ، لأن العين في قبضه والقبض هو الشرط ،

وسلمه ، وكذا لو قطع الثمر والزرع وسلمهـــا (لأن امتناع الجواز للاتصال) أي يملك الواهب لا لكون هذه الاشياء معدومة بدليل ان الصوف على أظهر الغنم واللبن في الضرع محل التمليك ؛ حتى يجوز الصلح عليه عند أبي يوسف رحمه الله ، وبالفصل ينعدم الشيوع.

والأصل في حسن هذه المسائل ان اشتغال الموهوب بملك الواهب يمنع تمام القبض ، والقبض الناقص يمنع صحة الهبة ، فعلى هذا إذا وهب داراً فيها متاع الواهب أو جراباً أو جرة القى فيها طعام الواهب فالهبة فاسدة ، ولا معتبر بالشغل وقت العقد إذا وقـــع التسليم فارغاً صغرت أو يعتبر الإذن بالقبض بعد التفريـغ ، ولا يكفي قوله سلمتها إليك مع الشغل ، فلو وهب ما في الدار وما في الجراب أو الجوالق من الطعام فالهبة تامة ، لأن الموهوب هنا شاغل لملك الواهب وليس بمشغول بملكه ، وقيام اليد على التبـع لا يوجب قيام اليد على الأصل ، بخلاف المسألة الأولى ، ونظير ما لو وهب جـــارية وعليها حلى فوهبها دون حليها وسلمها فالهبة تامة ، وكذا الدابة وعليها سرج أو لجـــام ، أو وهب السرج او اللجام دون الدابة (وذلك) أي الاتصال (يمنع القبض كالشائع) ففي الشائع يمنع ، فكذا في الاتصال .

(قال) أي القدوري (وإذا كانت العين في يد الموهوب له) بأن كانت وديعـة او عارية أو نحوها (ملكها بالهبة وإن لم يجدد فيه قبضاً ، لأن العين في قبضه والقبض هو الشرط) وهو موجود الاصل في ذلك ان تجانس القبضين يجوز نيابة احدهما عن الآخر ، وتغايرهما يجوز نيابة الأعلى عن الأدنى دون العكس ، فإن كان الشيء وديعة في يد شخص او عارية فوهبه إياه لا يحتاج الى تجديد قبض ، لأن كلام القبضين ليس قبض ضمان فكانا مجانسين . ولو كان بيده مغصوبا ببيـع فاسد فوهبه إياه لم يحتج إلى تجديده لأن الأول أقوى فينوب عن الضعيف ، لأن في الأعلى ما فى الأدنى وزيادة فوجـــد القبض

بخلاف ما إذا باعه منـــه ، لأن القبض في البيــع مضمون فلا ينوب عنه قبض الأمانة ، أما قبض الهبة غير مضمون فينوب عنه .

وإذا وهب الأب لابنه الصغير هبة ملكها الابن بالعقد ، لأنــه في قبض الأب فينوب عن قبض الهبة .

المحتاج اليه وزيادة شيء . ولو كانت وديعة فباعه منه فانه يحتاج إلى قبض ، لأن قبض الامانة ضعيف فلا ينوب عن قبض الضمان هذا الذي ذكره في الذخيرة وغيره .

وذكر ابو نصر في شرحه لو كان مضموناً في يده او بالمثل بغيره كالمبيع والمرهون لا ينوب عن قبض الواهب بالهبة ، ولا بد من تجديد القبض . ولو كان مضموناً في يد بالقيمة أو بالمثل كالمقبوض على سوم الشراء والمغصوب فوهب له ثبت الملك ولا يحتاج إلى تجديدالقبض لوجود اصل القبض وزيادة فان قلت ما معنى تجديد القبض . قلت هو أن ينتهي إلى موضع فيه العين ويمضي وقت يتمكن فيه من قبضها .

(بخلاف ما إذا باعه منه ، لأن القبض في البيع مضمون فلا ينوب عنه قبض الأمانة اما قبض الهبة غير مضمون ، فينوبعنه) أي ينوب قبض الأمانة عن غير المضمون وهو الهبة ، وقد مر مستوفى.

(وإذا وهب الأب لابنه الصغير هبة ملكها الابن بالعقد) أي بمجرد العقد ، وهذا من مسائل القدوري (لأنه) أي لأن الذي وهبه(في قبض الأب فينوب عن قبض الهبة) فلا يحتاج إلى قبض آخر ولا يشترط فيه الإشهاد إلا أن فيه احتياطاً للتحرز عن جحود الورثة بعد موته ، أو جحود بعد إدراك الولد . وقال عبد البر أجمع الفقهاء على أن هبة الأب لابنه الصغير فيحجرهلا يحتاج إلى قبض جديد ، أما هل يحتاج إلى القبول لابنه الصغير فقال الشافعي والقاضي الحنبلي لا بد أن يقول بعد قوله وهبته له قبله ، وظاهر مذهب أحمد لا يحتاج إلى هذا كقولنا . وقال مالك لو وهبه بمال لا يعرف بعينه كالاثمان لم يجز إلا أن يضعها على يد غيره ويشهد عليه ، وعند القاضي لا فرق بين الأثمان وغيرها .

ولا فرق بين ما إذا كان في يده أو في يد مودعه ، لأن يده كيده بخلاف ما إذا كان مرهوناً أو مغصوباً أو مبيعاً بيعاً فاسداً ، لأنه في يد غيره أو في ملك غيره ، والصدقة في هذا مثل الهبة وكذا إذا وهبت له أمه وهو في عيالها والأب ميت ولا وصي له ، وكذلك

(ولا فرق بين ما إذا كان في يده أو في يد مودعه ، لأن يده كيده) أي لأن يد المودع كيد المودع بالكسر حكماً فيمكن أن يجعل قابضاً لولده باليد التي هي قائمة مقام يده .

فإن قلت لو وهب الوديعه من المودع يجوز ، فلو كانت يده كيده لم يكن قابضاً لنفسه قلت يده كيده ما دام عاملاً له وذلك قبل الهبة ، وأما بعدها فهو عامل لنفسه .

(بخلاف ما إذا كان) أي الموهوب للابن (مرهوناً أو مغصوباً أو مبيعاً بيعاً فاسداً لأنه في يد غيره) أي غير الأب فلا ينوب قبض المرتهن والغاصب عن قبض الهبة للولد (أو في ملك غيره) أي الذخيرة أرسلا غلامه في حاجة ثم بعد الإرسال وهبه صحت الهبة لأنه في يده حكماً ، فلو لم يرجع حتى مات الأب فهو للولد ولا يصير ميراثاً ، وكذا لو وهب عبداً إبقاء من ابنه الصغير ، فما دام متردداً في دار الاسلام تجوز الهبة والأب قابض له بنفس الهبة . وفي فتاوى أبي الليث وهب لابنه الصغير داراً مشغولة بمتاع الواهب جاز ، وفي المنتقى عن محمد لو وهب داره لابنه وفيها ساكن بأجر لا يجوز ، ولو كان بغير أجر يجوز ، لأن في الأول يتبع قبض غيره فيمنع تمام الهبة بخلاف الثاني (والصدقة في هذا مثل الهبة) أراد أن الصدقة في الحكم المذكور كحكم الهبة فيما إذا تصدق على ابنه الصغير ملكها الابن بعقد الصدقة ، فلو تصدق عليه بما عند مودعه جاز ، بخلاف ما إذا تصدق بما في يد المرتهن والغاصب والمشتري بالشراء الفاسد ، والتعليل هو التعليل .

(وكذ إذا وهبت له أمه وهو) أي والحال أنه (في عيالها والأب ميت ولاوصي له) هاتان الجملتان أيضاً حال ، قيد بقوله في عيالها ليكون لها عليه نوع ولاية ، قيد بموت الأب وعدم الوصي لأن عند وجودهما ليس لها ولايه القبض (وكذا كل من يعوله) يعني

كل من يعوله . وإن وهب له أجنبي هبة تمت بقبض الأب، لأنـــه يملك عليه الدائر بين النافع والضائر ، فأولى أن يملك النافع . وإن وهب لليتيم هبة فقبضها له وليه وهو وصي الأب أو جد اليتيم

كل من يعول الصغير إذا قبض الهبة لـــه يصح كالأخ والعم والأجنبي ، وعند الثلاثة إذا وهب للصبي غير الأب من الأولياء لا بد أن يوكل من يقبل له ويقبضه له فيكون الإيجاب منه والقبول والقبض من غيره كما في البيع .

وقـــال ابن قدامة في المغني والصحيح عندي أن الأب وغيره في هذا سواء ، قيل أطلق جواز قبض هؤلاء ولكن ذكر في الايضاح ومختصر الكرخي أن ولاية القبض لهؤلاء إذا لم يوجد واحد من الأربعة وهو الأب ووصيـــه ، والجد أبو الأب بعد الأب ووصيه . فأما مع وجود واحد منهم فلا ، سواء كان الصبي في عيال القابض أو لم يكن ، وسواء كان ذا رحم محرم منه أو أجنبياً ، لأنه ليس لهؤلاء ولاية التصرف في ماله ، فقيام ولاية من يملك التصرف في المال يمنع ثبوت حق القبض له ، فإذا لم يبق واحد منهم جاز قبض من كان الصبي في عيـــاله لثبوت نوع ولاية لا حينئذ . ألا ترى أنه يؤدبه ويسلمه في الصنائع ، فقيام هذا القدر يطلق حق قبض الهبة لكونه من باب المنفعة .

قلت هـــذا ليس باطلاق ، وإنما هو اقتصر في التقييد، وذلك لان قوله وكذا كل من يعوله عطف على قوله وكذا إذا وهبت له أمه وهو مقيد بقوله والاب ميت ولا وصي له، فيكون هذا في المعطوف أيضاً ، لكنه اقتصر على ذكر الجد ووصيه للعلم بأن الجد الصحيح مثل الاب في أكثر الاحكام ، ووصيه كوصي الاب .

(وإن وهب له) أي للصغير (أجنبي هبة تمت بقبض الاب ، لانه يملك عليه الامر الدائر بين النافـــع والضائر ، فأولى أن يملك النافـــع) الضائر فاعل من ضار يضير والضـــير والضرر ، وهو لغة من الضور . وفي بعض النسخ الضـــار بتشديد الراء ، وكلاهما واحد .

(وإن وهب لليتيم هبة فقبضها له وليه وهو) أي وليه (وصي الاب أو جد اليتيم

أو وصيه جاز ، لأن لهؤلاء ولاية عليه لقيامهم مقام الاب . وإن كان في حجر أمه فقبضها له جائز لان لها الولاية فيما يرجـــع إلى حفظه وحفظ ماله ، وهذا من بابه لانه لا يبقى إلا بالمال ، فلا بد من ولاية تحصيل وهو من أهله .

أو وصية الجد جاز ، لان لهؤلاء ولاية عليه لقيامهم مقام الاب وإن كان) أي اليتيم (في حجر أمه) أي كنفها وتربيتهـــا (فقبضها له) أي قبض الهبة لليتيم (جائز لان لها الولاية فيمـــا يرجع إلى حفظه وحفظ ماله ، وهذا من بابه) أي قبض الهبة له من باب الحفظ (لانه لا يبقى إلا بالمال) أي لان حفظ اليتيم لا يبقى بقاؤه إلا بقوت وملبوس (فلا بد من ولاية التحصيل) فلا بد أن يكون بسبيل من التحصيل في حقه ، فصـــار ذلك من ضروراته . وكذا إذا كان في حجر أجنبي يربيه ، لان له عليه يداً معتبرة . ألا ترى أنه لا يتمكن أجنبي آخر أن ينزعه من يده فيملك ما يتمحض نفعاً في حقه ، لانه صـــار كالخلف ، والخلف يعمل عمل الاصل عند عدم الاصل . وإن قبض الصبي الهبة بنفسه جاز ، معناه إذا كان عاقلاً ، لانه نافع في حقه (وهو من أهله) أي الصبي من أهل التصرف يتمحض نفعاً له .

وفي المبسوط هذا جواب الاستحسان وهو قولنا ، أما في القياس لا يجوز قبضه بنفسه وإن كان عاقلاً ، وهو قول الشافعي . وفى رواية عن أحمد إن قبضه بإذن الولي صح ، وعنه كقولنا .

فإن قيل عقل الصبى إما أن يكون معتبراً أولا ، فإن كان الثاني وجب أن لا يصح قبضه ، وإن كان الاول وجب أن لا يجوز اعتبار الخلف مع وجود أهليته . فالجواب أن عقله فيما نحن فيه من تحصيل ما هو نفع معتبر لتوفير المنفعة عليه ، وفى اعتبار الخلف توفيرها أيضاً لانه ينفتح به باب آخر ، فتحصليها كان جائزاً نظراً له ، وهذا لم يعتبر في المتردد بين النفع والضر لباب المضرة عليه ، لان عقله قبل البلوغ ناقص فلا يتم به النظر في عواقب الامور ، فلا بد من حره [كذا] برأي الولي .

وفيما وهب للصغيرة يجوز قبض زوجها لها بعد الزفاف لتفويض الاب أمورها إليه دلالة . بخلاف ما قبل الزفاف ويملكه مع حضرة الاب . بخلاف الام وكل من يعولها غيرها حيث لا يملكونها إلا بعد موت الأب أو غيبته غيبة منقطعة في الصحيح ، لان تصرف هؤلاء للضرورة لا بتفويض الاب ، ومع حضوره لاضرورة.

(وفيما وهب للصغيرة يجوز قبض زوجها لها بعد الزفاف) بكسر الزاى مصدر من زفت العروس إلى زوجها ، أي هديتها (لتفويض الأب أمورها اليه دلالة) حيث زفها إليه وهي صغيرة وأقامه مقام نفسه في حفظها وحفظ مالها وقبض الهبة من حفظ المال، لكن لا يبطل بذلك ودلالة الاب حتى لو قبضها جاز. وذكر المصنف الزفاف وذكر في الايضاح الدخول . وفي الذخيرة شرط في قبض الزوج على زوجته الصغيرة أن يكون يجامع مثلها حتى لو لم يجامع مثلها لا يصح قبض الزوج عليها عند بعض أصحابنا، والصحيح انه إذا كان يعولها صح قبضه عليها، يجامع مثلها أو لا لما ذكرنا. ولو أدركت لم يجز قبض الزوج وللأب لأنها صارت ولية نفسها حين بلغت عاقلة كذا في المبسوط .

(بخلاف ما قبل الزفاف) لأنه قبل الزفاف لا يكون عليها بل مستحقه (ويملكه) أي يملك الزوج قبض الهبة (مع حضرة الأب) احترز به عما ذكر في الإيضاح أن قبض الزوج لها إنما يجوز إذا لم يكن الأب حياً (بخلاف الأم وكل من يعولها غيرها) أى غير الأم (حيث لا يملكونها) أى قبض الهبة لها (إلا بعد موت الأب أو غيبته غيبة منقطعة في الصحيح) قيل الصحيح متعلق بقوله ويملكه مع حضرة الأب . قال صاحب النهاية وإنما قلت هذا لأن في قوله بخلاف الأم وكل من يعولها غيرها حيث لا يملكونه إلا بعد الموت، أو غيبته غيبة منقطعة ليست رواية أخرى حتى يقع عوله في الصحيح احترازاً عنها . قلت كان حق الترتيب في التركيب أن يقول ويملكه مع حضرة الأب في الصحيح، بخلاف الأم وعبارته لا تخلو عن الإبهام (لأن تصرف هؤلاء للضرورة لا بتفويض الأب ، ومع حضوره لا ضرورة) احترز بقوله لا بتفويض الأب عن تصرف الزوج لما ذكرنا أن ولاية الزوج

قال وإذا وهب اثنان من واحد داراً جاز لانهما سلماها جملة وهو قد قبضها جملة فلا شيوع وإن وهبها واحد من اثنين لا يجوز عند أبي حنيفة . وقالا يصح لان هذه هبة الجملة منهما ، إذ التمليك واحد فلا يتحقق الشيوع ، كما إذا رهن من رجلين داراً . وله أن هذه هبة النصف من كل واحد منهما . ولهذا لو كانت الهبة فيما لا يقسم فقبل أحدهما صح . ولأن الملك يثبت لكل واحد منهما في النصف

بتفويضه أمورها دلالة إليه ، أما قبض غير الأب عليه إنما يصلح للضرورة ، ولا ضرورة عند حضور من له ولاية .

(قال) أي القدوري رحمه الله (وإذا وهب اثنان من واحد داراً جاز ، لأنهما سلماها جملة وهو قد قبضها جملة فلا شيوع) لأن المانع هو الشيوع عند القبض وقد انتفى . ونقل صاحب الاجناس عن الأصل إذا وهب رجلان داراً من رجل جاز في قولهم . ولو وهب رجل من رجلين داراً لم يجز في قول أبي حنيفة . وقال أبو يوسف ومحمد جاز في الرهن من رجلين جاز في قولهم جميعاً ، وكذلك في الإجارة من رجلين جاز .

(وإن وهبها واحد من اثنين لا يجوز عند أبي حنيفة وقالا يصح ، لأن هذه هبة الجملة منهما ، إذ التمليك واحد فلا يتحقق الشيوع ، كما إذا رهن من رجلين داراً) فانه يجوز فالهبة اولى ، لأن تأثير الشيوع في الرهن أكثر منه في الهبة ، حتى لا يجوز الرهن في مشاع لا يحتمل القسمة دون الهبة ، وبه قالت الثلاثة .

(وله) أي ولأبي حنيفة (أن هذه هبة النصف من كل واحد منهما) وهذا يثبت الملك في النصف هذا ، وفي النصف هذا بالاجماع (ولهذا) أى ولأجل كون هذه هبة النصف من كل منهما (لو كانت الهبة فيما لا يقسم فقبل أحدهما صح) فصار كما لو وهب النصف لكل واحد منهما بعقد على حده (ولأن الملك يثبت لكل واحد منهما في النصف) هذا استدلال ثان ، والفرق بين الاستدلالين أن الأول من جانب التمليك ، وهذا من جانب الملك ، فاذا ثبت الملك لكل واحد منهما في النصف (فيكون التمليك كذلك)

فيكون التمليك كذلك، لانه حكمه على هذا الاعتبار يتحقق الشيوع بخلاف الرهن، لان حكمه الحبس ويثبت لكل واحد منهما كملا فلا شيوع ، ولهذا لو قضى دين أحدهما لا يسترد شيئاً من الرهن . وفي الجامع الصغير إذا تصدق على محتاجين بعشرة دراهم أو وهبها لهما جاز . ولو تصدق بها على غنيين أو وهبها لهما لم يجز .

أى كالملك يكون لكل واحد منهما النصف (لأنه حكمه) أي لأن بالتمليك حكم الملك فاذا ثبت الملك مشاعاً ثبت التمليك كذلك لأنه حكمه الحكم يثبت بقدر دليله (وعلى هذا الاعتبار) أى الاعتبار المذكور ، وهو ثبوت الشيوع في التمليك بثبوت الملك مشاعاً (يتحقق الشيوع) فتفسد الهبة .

فإن قلت التمليك يحصل بالتسليم ، ولا شيوع فيه دون القبض ، والملك يتعلق بالقبض لبقي الضمان عن المتبرع ، فوجب أن يعتبر جانبه وهو التسليم لا جانب القبض . قلت التسليم إنما يعتبر إذا حصل به التمكن من القبض على سبيل الكمال ، ولانه طريق للقبض ، فإذا لم يتمكن هو من القبض بصفة الكمال يعتبر التسليم .

(بخلاف الرهن) جواب استشهاد انه (لأن حكمه الحبس ويثبت لكل واحد منهما) أي من المرتهنين (كملا) نصب على الحال من الضمير الذي في ثبت ، أى كاملا ، فإذا كان حكمه الحبس (فلا شيوع فيه ولهذا) توضيح لما ذكره (لو قضى) أى المواهن (دين أحدهما لا يسترد شيئاً من الرهن) لأن حكمه الحبس فيتصور أن يكون ملك الحبس ثابتاً لكل واحد على الكمال إذ لا تضايق في الحبس ، بخلاف ملك العين ، فانه لا يتصور إثباته لكل واحد على الكمال .

(وفي الجامع الصغير) إنما ذكر رواية الجامع الصغير لبيان ما وقع من الاختلاف بينهما وبين رواية المبسوط (إذا تصدق على محتاجين بعشرة دراهم أو وهبها لهما جاز ، ولو تصدق بها على غنيين او وهبها لهما لم يجز) عند أبي حنيفة . حاصل هذا أن أبا حنيفه

وقالا يجوز للغنيين أيضاً جعل كل واحد منهما مجازاً عن الآخر ، والصلاحية ثابته ، لان كل واحد منهما تمليك بغير بدل. وفرق بين الهبة والصدقة في الحكم في الجامع وفي الاصل سوى فقال وكذلك الصدقة لان الشيوع مانع في الفصلين لتوقفهما على القبض . ووجه الفرق على هذه الرواية أن الصدقة يراد بها وجه الله تعالى وهو واحد والهبة يراد بها وجه الغني وهما اثنان .

رضي الله عنه جعل الهبة مجازاً عن الصدقة إذا صادفت الفقير والصدقة مجاز عن الهبة إذا صادفت الغني لوجود المجوز إذ كل منهما تمليك بغير بدل .

(وقالا يجوز للغنيين أيضاً يعني كما يجوز للفقيرين مطلقاً فكذلك يجوز للغنيين مطلقاً (جعل)أي أبو حنيفة رحمه الله(كل واحد منهما مجازاً عن الآخر ، والصلاحية ثابتة لأن كل واحد منهما) أي من الهبة والصدقة (تمليك بغير بدل) فاذا كان كل منهما تمليكاً بلا بدل يجوز استعارة احدهما عن الآخر لوجود العلاقة (وفرق) أى أبو حنيفة رحمه الله (بين الصدقة والهبة في الحكم) حيث جواز الصدقة والهبة في الحكم (في الجامع) حيث جوز الصدقة على الفقيرين ولم يجوز الهبة على الغنيين .

(وفي الأصل) أى المبسوط (سوى) أى الحكم (فقال وكذلك الصدقة) أي لايجوز الصدقة على رجلين عنده لا يجوز الهبة ، وهذا كما ترى لم يفرق بين الهبة والصدقة في منع الشيوع فيهما عن الجواز ، وعلل بقوله (لأن الشيوع مانع في الفصلين لتوقفهما) أي لتوقف الهبة والصدقة (على القبض) والشيوع يمنع القبض على الكمال .

(ووجه الفرق) أي بين الهبة من اثنين حيث لا يجوز عند أبي حنيفة ، وبين الصدقة على اثنين حيث يجوز (على هذه الرواية) أي رواية الجامع الصغير (ان الصدقة يراد بها وجه الله تعالى وهو واحد) لا شريك له فيقع جميع العين لله تعالى على الخلوص ،فلا شيوع فيها ، وإنما يصير الفقير نيابة عن الله تعالى بحكم الرزق المودع ، فصار كالهبة إذا وقعت الواحد وقبضها اثنان بحكم الوكالة عن الموهوب له (والهبة يراد بها وجه الغني وهما اثنان)

وقيل هذا هو الصحيح والمراد بالمذكور في الاصل الصدقة على غنيين .

ولو وهب لرجلين داراً لاحدهما ثلثاها وللآخر ثلثها لم يجز عند أبي حنيفة وأبي يوسف « رح » . وقال محمد « رح » يجوز . ولو قال لاحدهما نصفها وللآخر نصفها عن أبي يوسف « رح » فيه روايتان .

فأبو حنيفة « رح » مر على أصله ، وكذا محمد « رح » .

لأن فرض المسألة فيه (وقيل هذا هو الصحيح) أي المذكور في الجامع الصغير من جواز الصدقة على فقيرين هو الصحيح ، فاذا كان هذا هو الصحيح يحتاج ما ذكر في الأصل إلى التأويل ، أشار اليه بقوله (والمراد بالمذكور في الاصل الصدقة على غنيين) فيكون مجاز الهبة والجنون ما ذكرناه فعلى هذا التأويل لا مخالفة بين الروايتين ، فلا يحتاج إلى الفرق .

(ولو وهب لرجلين داراً لاحدهما ثلثاها وللآخر ثلثها لم يجز عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمها الله . وقال محمد يجوز) وبه قالت الثلاثة التفصيل في الهبة إذا كان ابتداء لم يجز بلا خلاف ، سواء كان التفصيل بالصاد المهملة بالتفصيل كقوله وهبت ثلثيه الآخر أو بالتساوي كقوله للشخص وهبت لك نصفه ولآخر كذلك هذا لم يذكره في الكتاب وإن كان بعد الإجمال لم يجز عند أبي حنيفة سواء متفاضلا أو متساوياً بناء على اصله ، وجاز عند محمد مطلقاً بناء على اصله . وفرق أبو يوسف بين المساواة والمفاضله ، ففي المفاضلة لم يجوز . وفي المساواة جوز في رواية ، أشار إليها بقوله (ولو قال لاحدهما نصفها وللآخر نصفها عن أبي يوسف فيه روايتان) هذا ظاهر كلام المصنف . وجعل السفناقي هذا أعني قوله ولو قال إلى آخره تفضيلا ابتدائياً . ونقل عن عامة النسخ من الذخيرة والايضاح وغيرهما انه لم يجوز بلا خلاف وليس بظاهر ، لان المصنف عطف ذلك على التفصيل بعد الإجمال فالظاهر أنه ليس ابتدائياً .

(فأبو حنيفة « رح » مر على أصله وكذا محمد) أى وكذا محمد مر على أصله ، لان هذه هبة واحد من رجلين نص على التفاضل أو التساوى أولاً ، ألا ترى أن في البيع من

والفرق لابي يوسف أن بالتنصيص على الابعاض يظهر أن قصده ثبوت الملك في البعض فيتحقق الشيوع ، ولهذا لا يجوز إذا رهن من رجلين ونص على الابعاض .

رجلين يجعل بيعاً واحداً منهما نص على التفاضل أولاً فكذا هنا (والفرق لابي يوسف أن بالتنصيص على الابعاض يظهر أن قصد به ثبوت الملك في البعض فيتحقق الشيوع) تهذا دليل على صورة التفصيل بالمهملة بالتفصيل . وعلى صورة بالتساوى على رواية عدم الجواز. وأما رواية الجواز فلكونها غير معدولة عن أصله وهو اصل محمد « رح » فليست محتاجة إلى الدليل ، وبهذا التوجيه يظهر خلل ما قاله السفناقي أن في قوله إن بالتنصيص على الابعاض يظهر ان قصد ثبوت الملك في البعض نوع إخلال حيث لا يعلم بما ذكر موضع خلافه من الابعاض وما ليس فيه خلافاً من الابعاض فانه لو نص على الابعاض بالتنصيص بعد الاجمال كما في قوله وهبت لكما هذه الدار نصفها ، ولهذا نصفها جاز ، وإنما لا يجوز عند التنصيص على الابعاض بالتنصيف إذا لم يتقدمه الاجمال ، ووجهه ظهور خلله انه إنما يستدل على ما عدل فيه عن أصله ، والمذكور في الكتاب يدل عليه ، وأما صورة الجواز فليست بمحتاجة إلى الدليل لجريانها على أصله .

(ولهذا) توضيح لدلالة التنصيص على الابعاض على تحقيق الشيوع في الهبة بالتنصيص على الابعاض في الرهن ، فقال وهذا (لا يجوز إذا رهن من رجلين ونص على الابعاض)بان قال رهنتكما هذا الشيء على أن يكون النصف رهناً عند هذا ، والنصف الآخر عند هذا كان فاسداً لأن بالتفصيل يتفرق العقد ، فكذا هاهنا ، أما إذا نص على التناصف فقد أمكن تصحيح العقد يجعل هذا مجازاً عن موجب العقد ، لأن مطلق العقد يقتضيه ، فلا يكون حاله التفصيل مخالفاً لحالة الإجمال فيصير التفصيل لغواً فلا يختلف العقد ، فلم يعتبر شيوعاً في العقد ، بخلاف ما إذا نص على التفاوت في العقد حيث يفسد العقد ، لأن التفصيل يخالف الإجمال فيجب اعتباره فيفرق العقد .

وفي الإسرار وكلام محمد وصح لأن افتراق الملك في الهبة ثابت بنفس العقد هاهنا ولا يثبت بالتفصيل كما لو قال نصفين وإنما يثبت بالتفصيل التفاضل في النصيب والمبطل الهبة نفس الشيوع لا شيوع متفاوتة .

قال الكاكي وتأخير دليل محمد رحمه الله في المبسوط دليل على اختياره قول محمد رحمه الله وفي نوادر ابن رستم عن محمد « رح » لو دفع درهمين فقال أحدهما لك هبة والآخر يكون عندك وديعة فضاعا جميعاً يضمن درهما ، وهو في الآخر أمين ، وإنما ضمن الدراهم الهبة لأنه أخذ على فساده ، لأنه الهبة كانت غير مقسومة ، وهكذا نقل في الاجناس من النوادر وهذا يشعر بأن الهبة الفاسدة مضمونة لا يملكها الموهوب له . ألا ترى إلى ما ذكر في المضاربة الكبيرة ، ولو دفع ألف درهم إلى رجل وقال نصفه هبة ونصفه مضاربة لم يجز الهبة لأنه مشاع ، ولو هلك عند القابض ضمن النصف وهو خمسمائة درهم .

وقال الولوالجي في فتاواه رجل معه درهمان قال لرجل آخر لك درهم منهما فالمسألة على وجهين إن كانا مستويين لا تجوز الهبه ، وإن كانا مختلفين تجوز والفرق في الآل تناولت الهبة أحدهما وهو مجهول . وفي الثاني تناولت قدر درهم منهما مشاع لا يحتمل القسمة . وقال فيها أيضاً رجلا وهب لرجلين درهماً صحيحاً تكلموا فيه ، قال بعضهم لا يجوز لأن تنصيف الدراهم لا يضر ، فكان مشاعاً يحتمل القسمة ، والصحيح أنه يجوز لأن الدرهم الصحيح لا يكسر عادة ، فكان مشاعاً لا يحتمل القسمة .

وفي التقريب للقدوري قد روى ابن سماعة عن أبي يوسف فيمن قال لرجلين وهبت منكما هذا الدار لهذا نصفهما صحت الهبة ولو قال وهبتك منك نصف هذه الدار ومن الآخر نصفها لم تصح الهبة لأن في الأول أوقع العقد صفقة ، ثم فسر مقتضى الصفقة في القسمة . وفي الثاني فرق أحد الايجابين عن الآخر ، وفي النتف هبة رجل من رجلين على اربعة أوجه ، أحدها : أن يكون العقد مختلفاً ، والقبض مختلفاً . ثانياً أن يكون العقد معاً والقبض مختلفاً وكلاهما لا يجوز . وثالثها : أن يكون العقد مختلفاً والقبض مغاير . ورابعاً : أن يكون كلاهما معاً فإن يقولا قبلناها وقبضناها فهما لا يجوز عند أبي حنيفة خلافاً لهما ، وهبة العين الواحدة لاثنين من اثنين لا يجوز عنده خلافاً لهما . ولو كان من واحد لثلاثة جاز عنده خلافاً لهما . قال صاحب المجتبى وفيه نظر . ولو وهب لا بنيه صغير وكبير لا يجوز بالاتفاق لتفرق القبض .

باب ما يصح رجوعه وما لا يصح

قال وإذا وهب هبة لاجنبي فله الرجوع فيها . وقال الشافعي لا رجوع فيها لقوله عليه السلام لا يرجع الواهب في الهبة إلا الوالد فيما يهب لولده ،

(باب ما يصح رجوعه وما لا يصح)

لما كانت الهبة غير لازمة حتى صح الرجوع فيها احتاج إلى بيان مواضع الرجوع بعقد باب علمها .

(وقال وإذا وهب هبة لاجنبي فله الرجوع فيها) أي في الهبة ، والمراد الموهوب لأن الرجوع إنما يكون في حق الأعيان دون الأقوال لصحة الرجوع ، فيؤدي الأول أن يكون لأجنبي وهو هاهنا من لم يكن ذا رحم محرم فخرج منه من كان ذا رحم وليس بمحرم كبني الأعمام والأخوال ومن كان محرماً ليس بذي رحم كالأخ الرضاعي ، الثاني : أن يكون قد سلمها اليه لأنه قبل التسليم يجوز مطلقاً ، الثالث : أن لا يقترن بشيء من موانع الرجوع ولعله لم ينبه على القيدين الأخيرين اعتماداً على أنه يفهم ذلك في اثناء كلامه .

(وقال الشافعي لا رجوع فيها لقوله ﷺ لا يرجع الواهب في هبته إلا الوالد فيما يهب لولده) وبقوله قال مالك وأحمد في ظاهر مذهبه ، وفي هبة الوالد لولده عن أحمد في رواية لا يرجع . وعن مالك إذا رغب راغب في مواصلة الولد بسبب المال الموهوب بأن زوج لأجله أو جهز لابنته لا رجوع فيه . وكذا إذ انتفع الولد به ، وفي غير ذلك له الرجوع . وللشافعي في غير الأب من الأصول قولان ، أحدهما لا رجوع لأن الخبر ورد في الأب ، واصحهما انهم كالأب . وعن مالك لا رجوع لهم سوى الأم . وقال أحمد لا رجوع لها أيضاً فأما غير الأصول من الاقارب كالاخ والعم وسائر الاقارب كالاجنبي .

ولان الرجوع يضاد التمليك والعقد لا يقتضي ما يضاده ، بخلاف هبــــة الوالد لولده على أصله لانه لم يتم التمليك لكونه جزء له .

وقال ابن الجلاب المالكي في كتاب التفريع وكل من وهب هبة فليس فيها رجعـة إلا للوالدين خاصة ، فان لهما الرجعة فيما وهباه لولدهما ما لم يتداين أويتزوج ،فإن تداين أو تزوج لم يكن للوالدين فى الهبة رجعة ، فان تغيرت الهبة عند الولد فليس للوالد فيها رجعة ، وإن باعها الولد وأخذ ثمنها لم يكن للوالد إلى الثمن فيها سبيل ، انتهى . وفي وجيز الشافعية ولا رجوع فيها إلا للوالد فيما يهب لولده ، وفي معناه الولد والجـد وكل أصل . وقيل إنه يختص بالأب وإن تصدق الاب عليه لفقره ففي الرجوع خلاف ، وتلف الموهوب أو زال ملك المتهب فات الرجوع ولا يثبت طلب القيمة ، وقال الحزني لا يحل لواهب ان يرجع في هبته وله أن يرجع في هديته ، وإن لم يثبت عليها إلا الاب .

وأما الحديث أخرجه اصحاب السنن الاربعة عن حسين المعلم عن عمرو بن شعيب عن طاووس عن ابن عمر وابن عباس رضى الله عنهم عن النبي عليه‌السلام قال لا يحل لرجـل أن أن يعطي عطية أو يهب هبة فيرجع فيها إلا الوالد فيما يعطى ولده ، ومثل الذي يعطى العطية ثم يرجع فيها كمثل الكلب يأكل فاذا شبع فأتم عاد في قيئه . قال الـــترمذي رحمه الله حديث حسن صحيح ، ورواه ابن حبان في صحيحه والحاكم في مستدركه وقال حديث صحيح الإسناد ، ورواه أحمد في مسنده والطـــبراني في معجمه والدارقطني في سننه .

(ولان الرجوع يضاد التمليك ، والعقد لا يقتضى ما يضاده) فوجب ان يلزم كالبيع (بخلاف هبة الوالد لولده على أصله) أي على أصـل الشافعي ، فإن من أصله أن للاب حق الملك في مال ابنه ، لانه جزؤه فالتمليك منه كالتمليك من نفسه من وجه . وقوله بخلاف ... إلى آخره جواب عما يقال فهذه العلة موجودة في هبة الوالد للولد ، وتقريره إياك نسلم ذلك (لانه لم يتم التمليك لكونه جزء له) لان الولد كسبه أو بعضه فـلم يتم التمليك كما في الزكاة .

(ولنا قوله عليه السلام الواهب أحق بهبته ما لم يثب منها) قال الأترازي فيه نظر، لأنه من كلام علي رضى الله عنه لا من كلام النبي عليه السلام وقد مر ذكره، وأشار به إلى ماذكره قبل هذا. وحديث الطحاوي عن سليمان عن عبد الرحمن بن زياد عن شعبة عن جابر الجعفي قال سمعت القاسم بن عبد الرحمن عن عبد الرحمن بن أبزي عن علي قال الواهب أحق بهبته ما لم يثب منها .

وحديث الكرخي في مختصره قال حدثنا الحضري قال حدثنا يحيى قال حدثنا شريك عن جابر عن القاسم عن ابن أبزي عن علي رضي الله عنه قال الرجل أحق بهبته ما لم يثب منها، قلت كيف يقول الأترازي فيه نظر، فكأنه لم يطلع على كتب القوم . وهذا الحديث قد رواه أبو هريرة وابن عباس وابن عمر رضي الله عنهم، أما حديث أبي هريرة فأخرجه ابن ماجة في الأحكام عن ابراهيم بن اسماعيل بن مجمع بن حارثة عن عروة بن دينار عن أبي هريرة قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم الرجل أحق بهبته ما لم يثب منها. وأخرجه الدارقطني في سننه وابن أبي شيبة في مصنفه .

وأما حديث ابن عباس رضي الله عنه فله طريقان، أحدهما عند الطبراني في معجمه حدثنا محمد بن أبي شيبة حدثني أبي قال وجدت في كتاب أبي عن ابن أبي ليلى عن عطاء عن ابن عباس قال، قال رسول الله صلى الله عليه وسلم من وهب هبة فهو أحق بهبته ما لم يثب منها، فإن رجع في هبته فهو كالذي يقيء ثم يأكل فيه. الطريق الثاني عند الدارقطني في سننه عن ابراهيم بن أبي يحيى الأسلمي عن محمد بن عبيد الله عن عطاء عن ابن عباس رضي الله عنهما عن النبي صلى الله عليه وسلم قال من وهب هبة فارتجع فيها فهو أحق بها ما لم يثب منها، ولكنه كالكلب يعود في قيئه .

واما حديث ابن عمر رضي الله عنه فرواه الحاكم في المستدرك حدثنا أبو أحمد بن خادم ابن أبي عروة حدثنا عبيدالله بن موسى حدثنا حنظلة بن أبي سفيان قال سمعت سالم بن عبدالله يحدث عن ابن عمر رضى الله عنهما ان النبي صلى الله عليه وسلم قال من وهب هبة فهو أحق بها ما لم يثب منها، وقال حديث صحيح على شرط الشيخين ولم يخرجاه إلا أن يكون الحمل

أي لم يعوض ، ولان المقصود بالعقد[1] هو التعويض للعـــادة ، فثبت ولاية الفسخ عند فواته ، إذ العقد يقبله .

فيه على شيخنا ، ورواه الدارقطني في سننه .

فإن قيل قد قال البيهقي غلط فيه عبيدالله بن موسى والصحيح رواية عبد الله بن وهب عن حنظلة عن سالم عن أبيه عن عمر رضي الله عنه في قوله وإسناد حديث أبي هريرة أليق ، إلا أن فيه إبراهيم بن إسماعيل وهو ضعيف عند أهل الحديث فلا يبعد منه الغلط والصحيح رواية سفيان بن عيينة عن عمرو بن دينار عن سالم عن أبيه عن عمر فرجع الحديث إلى عمر رضي الله عنه من قوله وقال ابن القطان في طريق الطبراني هو لم يصل إلى العزرمي إلا على لسان كذاب وهو ابراهيم بن أبي يحيى الأسلمي ، فلعل الخيانة منه . قلت حديث ابن عمر صحيح مرفوعاً ، وفي روايته تفاوت ، كذا قال عبد الحق في الأحكام وصححه ابن حزم ، وكذا قال الحاكم كما ذكرنا ، وقد توبع رواية كما أخرجه الدارقطني عن اسماعيل الصفار عن علي بن سهل عن عبيدالله فلا حمل على شيخ الحاكم ، ولا نسلم للبيهقي أنه وهم ، بل يحمل على أنه لعبيدالله في اسنادين لا يقال يجوز أن يكون المراد به قبل التسليم فــلا يكون حجه ، لأن ذلك لا يصح ، لأن قوله أحق يدل على أن لغيره حقاً فيها ولا حق لغيره قبل التسليم . ولأنه لو كان كذلك بخلاف قوله ما لم يثب منها عن الفائدة إذ هو أحق قبله وإن شرط العوض .

(أي ما لم يعوض) هذا ليس من الحديث ، بل هو تفسير لقوله ما لم يثب وهو على صيغة المجهول من الإثابة وهو التعويض ، وأصله من الثوب وهـــو الرجوع . يقال ثاب الرجل يثوب ثوباً وثوباناً .

(ولأن المقصود بالعقد هو التعويض للعادة فثبت ولاية الفسخ عند فواته) أي فوات المقصود (إذ العقد يقبله) أي الفسخ ، قيل فيه نظر ، لأن المقاصد بالهبات مختلفة ، فقد يكون المقصود مكافأة الموهوب عن إحسانه ، وقد يكون الحاصل على الهبــة مجرد المحبة ، وقد يكون المقصود نسج المودة أو النفع بالبدن أو بالجـــاه ، وتسمى رشوة أو

---

(1) بالهبة — هامش.

والمراد بما روي نفي استبداد الرجوع واثباته للوالد فإنه يتملكه للحاجة ، وذلك يسمى رجوعاً ،

العوض المالي وليس القصد منحصراً في التعويض بالمال ، حتى يقال انه إذا لم يثب من الهبة بالمال ، والتعويض غير مشروط انه يجوز الرجوع فيها، ويمكن ان يجاب عنه بأن المقصود غالباً هو العوض المالي ، أشار إليه بقوله العادة يعني عادة الناس غالباً من هباتهم التعويض بالمال . ولهذا يقال – الايادي قروض [1] – وقد تأيدت بالشرع ، قال عليه السلام تهادوا تحابوا ، والمعروف كالمشروط ، والتفاعل يقتضي وجود الفعل من الجانبين .

فإن قيل يشكل على هذا ما إذا وهب لعبد ذي رحم محرم ، فإن له أن يرجع على قول أبي حنيفة ومع انه ليس من أهل التعويض . وكذا في هبة الفقير . قلت هو من أهل أن يعوض بمنافعه التي توجد منه ومن أهل أن يعوض بكسبه عند إذن المولى . وأما الهبة للفقير فعبارة عن الصدقة ، وقال صاحب العناية لأن العادة الظاهرة أن الانسان يهدى إلى من فوقه ليصونه بجاهه وإلى من دونه ليخدمه وإلى من يساويه ليعوضه قلت فعلى هذا ليس له الرجوع إلا في الثلث ومع هذا له الرجوع في الكل ما لم يعوض .

(والمراد بما روى) أراد به الحديث الذي احتج به الشافعي وهو على صيغة المجهول ويجوز صيغة المعلوم بأن يكون الشافعي فاعله ، وأشار بهذا الكلام إلى الجواب عن هذا الحديث ، تقريره أن المراد به (نفى استبداد الرجوع) أي عدم استقلال الواهب بالرجوع من غير قضاء ولا رضاء إلا الوالد إذا احتاج إلى ذلك ، فانه ينفرد بالأخذ لحاجته بلا قضاء ولا رضى ، وهو معنى قوله (واثباته) أي اثبات الرجوع (للوالد فانه يتملكه للحاجة) أي يتملك الرجوع عند حاجته من غير مانع لما ذكرنا (وذلك يسمى رجوعاً) أراد أن رجوع الوالد عند الحاجة إنما يسمى رجوعاً باعتبار الظاهر وإن لم يكن رجوعاً في الحكم ، قيل فيه نظر لأن النبي عليه السلام استثنى الوالد ولم يقيد جواز رجوعه فيما وهب لولده لحاجة فيجب إجزاؤه على إطلاقه ، وليحصل الفرق بين اخذ من مال ولد ورجوعه فيما وهبه إياه .

---

(١) هكذا رسم الكلام في الأصل ، اه مصححه .

وقوله في الكتاب فله الرجوع لبيان الحكم ، أمـــا الكراهة فلازمة لقوله عليه السلام العائد في هبته كالعائد في قيئه ، وهذا لاستقباحه

وتأويل آخر أن المراد لا يحل الرجوع ديانة ومروءة ، وهذا جاء في أكثر الروايات بلفظ لا يحل ، فكان بمنزلة قوله ﷺ لا يحل لرجل يؤمن بالله واليوم الآخر أن يبيت شبعان وجاره جنبه طاوي ، أي لا يليق ذلك ديانة ومروءة . وإن كان جائزاً في الحكم إذا لم يكن عليـــه حق واجب ، وهكذا يقول لا يليق الرجوع ديانة ومروءة ، فيكون مكروهاً.

(وقوله في الكتاب) أي قول القدوري في كتابه (فله الرجوع لبيان الحكم ، أما الكراهة) أي في الرجوع (فلازمة لقوله ﷺ العائد في هبته كالعائد في قيئه) هـذا الحديث أخرجه الجماعة إلا الترمذي عن قتادة عن سعيد بن المسيب عن ابن عباس عـــن النبي عليه السلام قال العائد في هبته كالعائد في قيئه ، زاد أبو داود قال قتادة ولا نعـلم القيء الأخر . وأما في بعض نسخ الهداية العائد في هبـته كالكلب يعود في قيئه ، وهو كذلك في غالب كتب اصحابنا . وهكذا أخرجه البخـــاري ومسلم عن طاووس عن ابن عباس أن النبي عليه السلام قال العائد في هبته كالكلب يعود في قيئه .

(وهذا) أي تشبيه النبي عليه السلام (لاستقباحه) واستقذاره لا في حرمة الرجوع كما زعم الشافعي ، ألا ترى انه قال في رواية اخرى كالكلب يعود في قيئه ، وفعـــل الكلب يوصف بالقبح لا بالحرمة وبه نقول إنه يستقبح . قيل قـــد استدل المصنف على كراهة الرجوع بهذا الحديث الصحيح ، ثم يشترطون في جوازه الرضى والقضاء ، ولذا كان الرجوع بالرضى فلا كلام فيه ، ولا إشكال ، وأمـــا إذا كان بالقضاء فكيف يسوغ للقاضي الإعانة على مثل هذه المعصية ، وكيف يكون إعانة على المعصية التي هي معصية أخرى نتيجة للجواز . وإذا كان الرجوع قبل القضاء غير جائز فبعد كذلك ، لأن قضاء القاضي لا يحلل الحرام ولا يحرم الحلال . وإنما قضاء القاضي إعانة لصاحب الحق على وصوله إلى حقه ، فاذا كان الرجوع في الهبة لا يحل لا يصير بالقضاء حلالاً ، والقاضي غير مشرع .

ثم للرجوع موانع ذكر بعضها فقال إلا أن يعوضه عنها لحصول المقصود أو يزيد زيادة متصلة

وقد اعترف المصنف بعد ذلك بأن في الأصل الرجوع في الهبة فكيف يسوغ للقاضي الإقدام على أمر ضعيف مكروه ، ولا يقال أن اشتراط القضاء ليرتفع الخلاف ، لأن القضاء في مسائل الخلاف إنما يشترطه المخالف في ثبوت الحكم .

(ثم للرجوع موانع ذكر بعضها) أي ذكر القدوري بعض الموانع قبل الموانع سبقه جمعها القايل في قوله موانع المرجوع في فضل الهبة بسبعة حروف ، دمع خزقه ، فالدال الزيادة ، والميم موت الواهب ، والعين العوض ، والخاء الخروج عن ملك الموهوب ، والزاي الزوجية ، والقاف القرابة والهاء هلاك الموهب . وذكر شيخ الإسلام المعروف بخواهر زادة في مبسوطه أن الموانع تسعة ، وذلك لأن الموت على قسمين ، موت الواهب وموت الموهوب له ، والتاسع التغير من جنس إلى جنس .

(فقال) أي القدورى (إلا أن يعوضه عنها) أى إلا أن يعوض الموهوب له الواهب عن الهبة (لحصول المقصود) لأن مقصوده كان التعويض وقد حصل ، قال أصحابنا إن العوض الذي يسقط به الرجوع ما شرط في العقد ، وأما إذا عوضه بعد العقد لا يسقط الرجوع لأنه غير مستحق على الموهوب له ، وإنما تبرع به ليسقط عن نفسه الرجوع فيكون هبة مبتدأة وليس كذلك إذا شرطت في العقد ، لأنه يوجب أن يصير حكم العقد حكم البيع وتتعلق به الشفعة ويرد بالعيب ، فدل ذلك أنه قد صار عوضاً عنها . وذكر في التحفة فأما العوض المتأخر عن العقد فهو لإسقاط الرجوع ، ولا يصير في معنى المعاوضة لا ابتداء ولا انتهاء (أو يزيد) أى العين الموهوبة (زيادة متصلة) كالفرس والبناء والسمن ، وبه قال أحمد . وفي رواية أخرى لا يمنع الرجوع في هبة الوالد لولده .

قال الشافعي لا تمنع هذه من الرجوع في موضع الرجوع. وفي الروضة إن كانت الزيادة متصلة كالولد والكسب رجع في الأصل وبقيت الزيادة للتهيب ، ولو كان الموهوب ثوباً فضيعه الإبن رجع في الثوب والابن شريك في الصبغ ولو قصره أو كان حنطة فطحنها أو غزلاً فنسجه فإن لم ترد قيمته رجع ولا شيء للابن وإن زادت .

فإن قلنا القصارة عين فالابن شريك ، وإن قلنا أثر فلا شيء لهولو كان أرضاً تبنى فيها أو غرس رجع الأب في الأرض وليس له قطع البناء والغراس مجاناً لكنه يحرس إلا لبقاء بأجرة أو التمليك بالقيمة أو القلع وغرامة النقض كالعارية ، انتهى . ومذهب مالك في هذا الفصل انه يمنع الرجوع كمذهبنا . وقال في الجواهر ولو زادت أي العين الموهوبة في عينها أو نقصت منع ذلك في الرجوع فيها . وقال مطرف وابن الماجشون لا يمنع ذلك من اعتبارها ، وفيه ايضاً وبغير الهبة في قيمتها تتغير الأسواق لا يمنع من الرجوع فيها،انتهى وإنما قيد بقوله متصلة لأن المنفصلة لا تمنع الرجوع بلا خلاف ، فإن الجارية الموهوبة إذا ولدت كان للواهب الرجوع .

وفي الذخيرة لو ولدت الجارية بعد الهبة يرجع فيها دون الولد . قال أبو يوسف إنما يرجع فيها إذا استغنى الولد عنها ، والمراد بالزيادة في نفس الموهوب له شيء يوجب زيادة في قيمته ما لو زاد في نفسه ولم يوجب ذلك زيادة في قيمته ، كما لو طال الغلاء لا يمنع أيضاً تلك الزيادة يوجب نقصاً فيه فلا يمنع الرجوع والزيادة من حيث السعر لا يمنع أيضاً،وكذا الحكم في جميع الحيوانات والثمار وغير ذلك ذكره في المحيط .

فإن قيل ما الفرق بين الرد بالعيب والرجوع في الهبة والمتصلة بالعكس ، أجيب بأن الرد في المنفصلة ، إما أن يرد على الأصل والزيادة جميعاً أو على الأصل، ووجد لا سبيل إلى الأول ، لأن الزيادة إما أن تكون مقصودة بالرد أو بالتبعية والأول أصح ، لأن العقد لم يرد عليها ، والفسخ يرد على مورد العقد وكذلك الثاني ، لأن الولد بعد الانفصال لا يتبع الأم لا محالة ، ولا إلى الثاني لأنه يبقى الزيادة في يد المشترى مجاناً وهو ربا ، بخلاف الرجوع في الهبة ، فان الزيادة لو بقيت في يد الموهوب له مجاناً لم تفض إلى الربا ، وأما في المتصلة فلأن الرد بالعيب إنما هو ممن حصلت على ملكه فيه إسقاط حقه برضاه ، فلا تكون الزيادة مانعة عنه ، بخلاف الرجوع في الهبة ، فان الرجوع ليس برضى ذلك وباختياره فكانت مانعة.

(لأنه) أي لأن الشأن (لا وجه إلى الرجوع فيها) أي في العين الموهوبة (دون

دون الزيادة لعدم الإمكان ، ولا مع الزيادة لعـــدم دخولها تحت العقد . قال أو بموت أحد المتعاقدين لأن بموت الموهوب له ينتقل الملك إلى الورثة ، فصار كما إذا انتقل في حال حياته ،

الزيادة لعدم الإمكان) الفصل (ولا مع الزيادة) أي لا وجه للرجوع ايضاً مــع الزيادة (لعدم دخولها تحت العقد) أي لعدم دخول الزيادة في العقد وليست بموهوبة فلم يصح الرجوع فيها والفصل غير ممكن ليرجع في الأصل دون الزيادة ، فامتنع الرجوع أصلا .

فإن قلت حق الرجوع ثابت في حق الأصل فيسري إلى أوصافه . قلت ثبوت الحكم في التبع ثبوته في الأصل ، لأنه عرض قائم بالواهب وليس بوصف للحمل ، ولا يقال الملك لا يوصف للزوم من أوصافه . وفي الذخيرة الزيادة من حيث الشعر لا تمنع ، لأنهـا ليست بزيادة في العين بل هي زيادة رغبات الناس ، والعين بحالها ، ولو علمه القرآن أو الحرفـة أو أسلم أو قضى دينه فهذا لا يمنع عند أبي حنيفة وزفر « رح » لأنهـا ليست بزيادة في العين كالسعر . وعند أبي يوسف ومحمد وأحمد « رح » يمنع لأنها زيادة معنوية . ولواختلفا في الزيادة فالقول للواهب لأنه ينكر لزوم العقد . وعند زفر القول للموهوب له لأنـــه ينكر حق الواهب في الرجوع .

(قال أو بموت أحد المتعاقدين ، لأن بموت الموهوب له ينتقل الملك إلى الورثة ، فصار كما إذا انتقل في حال حياته) لان الثابت للوارث وإن كان له حكم البقاء فيما يرجع إلى المحل حتى يرد بالعيب ويرد عليه ، ولكن في حق المالك هو ملك جديد لانه صار له بعد أن لم يكن . وهنا يجب الاستبراء أو يحل له لو كان صدقة ، فصار كأنه انتقل إليه في حـــال حياته ، فيمنع الرجوع وبهذا أخرج الجواب عما يقال لم يجعل موت المورث في حق خيار العيب بمنزلة انتقال الملك إلى الورثة وجعل هاهنا بمنزلة انتقاله إليهم . وتحقيق الجواب أن التوريث إنما يجرى في الاعيان لا في الاوصاف ، وفي خيـار العيب يستحق المورث سليماً والذي اشتراه معيباً وهو الذي انتقل إلى وارثه ، فيكون له الخيار في العين . وأما هاهنا فليس له ذلك لانه يؤدى إلى توريث الخيار وهو وصف محض فلا يصح .

وإن امات الواهب فوارثه أجنبي عن العقد ، إذ هو ما أوجبه أو يخرج الهبة عن ملك الموهوب له ، لأنه حصل بتسليط فلا ينقضه ، ولأنه يتجدد الملك بتجدد سببه . قال وإن وهب لآخر أرضاً بيضاء فنبت في ناحية منها نخلا أو بنى بيتاً أو دكاناً أو أريا وكان ذلك

(وإذا مات الواهب فوارثه أجنبي عن العقد إذ هو ما أوجبه) أي ما أوجب الملك للموهوب له ، فـــلا يكون له حق الرجوع بالنص ، لانه أوجب الرجوع للواهب وهو ليس بواهب .

(قال) أى القدوري (أو يخرج الهبة) أى العين الموهوبة وفى بعض النسخ أو يخرج الموهوب (عن ملك الموهوب له ، لانه حصل بتسليط) أى لان خروج ملك الواهب عن ملك الموهوب له حصل بتسليط الواهب (فلا ينقضه) لان سعي الانسان في نقص ما تم من جهتـــه مردود (ولانه يتجدد الملك بتجدد سببـــه) **لان سعي الانسان في نقص** ما تم من جهته مردود ، ولانه يتجدد الملك بتجدد سببه وهـــو التمليك ، وتبدل الملك كتبدل العين لم يكن له الرجوع ، فكذا في تبديل السبب .

(قال) أى في الجامع الصغير (فان وهب لآخر أرضاً بيضاء) أراد به أرضاً خالية مكشوفة عن الشواغل (فأنبت) أى الموهوب له (في ناحية منها نخـلا أو بنى بيتاً أو دكانا) وهي مصطبة مرتفعة وعرف الناس الدكان هو الذي يسكنه السوقي وهو معروف (أو أريا) بفتح الهمزة وكسر الراء وتشديد الياء آخر الحروف ، وهو العلف عند العامة وهو مراد الفقهاء ، والارى في اللغة مجلس الدابة ، وقد يسمى الآخر وايا وهو حبـل يشد الدابه في مجلسها ، وهو في التقدير فاعل والجمع الاواري يخفف ويشدد بقول منه أرأيت للدابة تاوية وتاوى . وبالمكان إذا قام به (وكان ذلك) الواو للحال ، والتقدير والحال أنه قد كان ذلك ، والإشارة إلى المذكور من قوله انبت في ناحية منها نخـــلا إلى آخره . وفي الذخيرة وإن كان ذلك لا يعـــد زيادة كالارى أو يعد نقصاناً كالتنور في الكشانية لا يمنع الرجوع ، قيد به لان ما لا يكون كذلك أو كان ولكن لعظم المـكان

زيادة فيها فليس له أن يرجع في شيء منها ، لأن هذه زيادة متصلة . وقوله وكان ذلك زيادة فيها إشارة إلى أن الدكان قد يكون صغيراً حقيراً لا يعد زيادة أصلاً ، وقد تكون الأرض عظيمة بعد ذلك زيادة في قطعة منها فلا يمتنع الرجوع في غيرها

بعد زيادة في قطعة منها لا يمنع الرجوع في غيرها (زيادة فيها) أى في الارض ، وقد أعاد بعض الشراح الضمير إلى الدار وليس كذلك ، لان المذكور هو الارض ، وإنما حمله على ما ذكره في الجامع الصغير لصدر الإسلام فانه ذكر فيه .

وقوله وكان ذلك ... فيها يريد بهذا أن بنى دكاناً بعد ذلك زيادة في الدار ، وهذا لان الزيادة في جانب الدار توجب زيادة في كل الدار ، فإنه يزداد قيمة بها كل الدار ، كما إذا كان في أجدر عينها بياض فتزال البياض فالزيادة في عينها تكون زيادة في كل الجارية وإن كان في موضع خاص كذهن (فليس له ان يرجع في شيء منها ، لان هذه زيادة متصلة) فالاتصال يمنع الرجوع .

(وقوله وكان ذلك زيادة فيها .. إشارة) بهذا إلى بيان فائدة التقييد في الجامع الصغير بقوله وكان ذلك زيادة فيها (إلى أن الدكان قد يكون صغيراً حقيراً لا يعد زيادة أصلا (وقد تكون الارض عظيمة بعد ذلك زيادة في قطعة منها فلا يمنع الرجوع في غيرها) أي في غير القطعة التي فيها الزيادة . وقال شيخ الإسلام على الدين الاسبيجابي [١] في شرح الكافي ، وهو إذا كانت الارض صغيرة يزيدها الغرس ، فأما إذا كانت كبيرة وغرس في جانب منها ينقطع حق الرجوع في المكان الذي غرس فيه الاشجار فيكون وضع مسألة الكتاب في الارض الصغيرة . قال وإن كانت الهبة داراً فانهدم البناء كان له أن يرجع في الباقي ، لان هذا نقصان في الهبة ، والنقصان لا يمنع الرجوع ، وكذلك

---

(١) ذكره قبلا علاء الدين ، والصحيح علي بن أحمد الاسبيجابي ، والاسبيجابي اثنان ، الثاني منهما أحمد بن منصور وهو من يذكره صاحب معجم المؤلفين بأنه شرح الكافي ، اه مصححه .

قال فإن باع نصفها غير مقسوم رجع في الباقي ، لأن الامتناع بقدر المانع ، وإن لم يبع شيئاً منها له أن يرجع في نصفها لأن له أن يرجع في كل ، فكذا في نصفها بالطريق الأولى وإن وهب هبة لذي رحم محرم منه لم يرجع فيها لقوله عليه السلام إذا كانت الهبة لذي رحم محرم لم يرجع فيها

إذا استهلك بعض الهبة ببيع أو غيره ينقطع حقه في المسجد أو وضع فيه بوارى ارباباً أو حصص ليس له الرجوع ، لأنه يترك عادة .

ولو وضع فيه حباً أو علق قنديلا له الرجوع . والنقل والنقب في اللؤلوة إن كان يزيد في الثمن يسقط الرجوع ، ولو وهبه عبداً صغيراً شاخ ونقصه قيمته سقط الرجوع ، لأنه زاد في يده ولو ازدادت قيمته بالنقل إلى بلد آخر سقط بخلاف ما إذا غلا السعر .

(قال) أي في الجامع الصغير (وإن باع نصفها غير مقسوم) أي إن باع الموهوب له نصف الأرض الموهوبة حال كونه غير مقسوم (رجع في الباقي ، لأن الامتناع بقدر المانع وإن لم يبع منها شيئاً له أن يرجع في نصفها ، لأن له أن يرجع في كلها فكذا في نصفها بالطريق الاولى) هذا كله ظاهر أغنى عن زيادة البيان .

(وإن وهب هبة لذي رحم محرم منه فلا رجوع فيها) وبه قالت الثلاثة ، وفي هبة أحد الزوجين لآخر لا رجوع فيها أيضاً ، وبه قال الشافعي ومالك وأحمد في رواية ، وفي أخرى يرجع في هبة المرأة لزوجها دون العكس (لقوله عليه السلام إذا كانت الهبة لذي رحم محرم لم يرجع فيها) هذا الحديث أخرجه الحاكم في مستدركه في البيوع والدارقطني والبيهقي في سننهما عن عبدالله بن جعفر عن عبد الله بن المبارك عن حماد بن سلمة عن قتادة عن الحسن عن سمرة قال ، قال رسول الله ﷺ إذا كانت الهبة لذي رحم محرم لم يرجع فيها .

فإن قلت هذا الحديث ضعفه البيهقى ، وقال ابن الجوهري في التحقيق وعبدالله بن جعفر هذا ضعيف . قلت قال الحاكم هذا حديث صحيح على شرط البخاري ومسلم ولم

ولأن المقصود صلة الرحم وقد حصل . وكذلك ما وهب أحد الزوجين للآخر ، لأن المقصود فيها الصلة كما في القرابة . وإنما ينظر إلى هذا المقصود وقت العقد حتى لو تزوجها بعدما وهب لها فله الرجوع فيها ، ولو أبانها بعدما وهب فلا رجوع .

يخرجاه ، ولكن الشيخ تقي الدين تعقبه في الإمام ، وقال بلى هو على شرط الترمذي ، وخطأ صاحب التنقيح ابن الجوزي في تضعيفه عبدالله بن جعفر وقال بل هو ثقة من رجال الصحيحين ، ورواة هذا الحديث كلهم ثقات .

فان قلت قال البيهقي حديث الحسن عن سمرة هذا ليس بالقوي . قلت قد ذكر هو في كتاب البيوع في سببه حديث الحسن عن سمرة انه عليه السلام نهى عن بيع الشاة ، وصحح اسناده ، وقال قد احتج البخاري بالحسن عن سمرة ، فالعجب من البيهقي إذا كان الحديث له يصححه بالاسناد الذي يضعفه عند كونه عليه ، والعجب أيضاً من بعض من يتصدى في انتقاء الأخطار في هذا الكتاب أنه قال هذا الحديث ضعفه البيهقي وسكت على هذا ومضى ظاناً انه نظر ، والعجب ايضاً من الأترازي مع دعواه العريضة في الحديث حيث قال في شرحه قبل هذا قول عمر ، وكذلك قال الكاكي روى حديث آخر ضعيفاً وسكت عن الصحيح وانتصر بالضعيف .

(ولأن المقصود صلة الرحم وقد حصل) لأن كل عقد أفاد المقصود يلزم ، فإن وهب لقن أخيه أو لأخيه القن يرجع خلافاً لهما في الأولى (وكذلك ما وهب أحد الزوجين للآخر ، لأن المقصود فيها الصلة كما في القرابة) يعني أن ما بينهما من الزوجية للآخر نظير القرابة بدليل التوارث من الجانبين من غير حجب وعدم قبول الشهادة (وإنما ينظر إلى هذا المقصود وقت العقد ، حتى لو تزوجها بعدما وهب لها فله الرجوع فيها) لوقوع الهبة لأجنبية ، وكان مقصوده الغرض ولم يحصل .

(ولو أبانها بعدما وهب فلا رجوع) لأنها وقت الهبة زوجته ، وفي جامع قاضي خان وهبت لزوجها ضيعة على أن لا يطلقها وقتاً معلوماً فطلقها قبله فالهبة باطلة ، وإن لم يوقت

قال وإذا قال الموهوب له للواهب خذ هذا عوضاً عن هبتك أو بدلاً عنها أو في مقابلتها فقبضه الواهب سقط الرجوع لحصول المقصود، وهذه العبارات تؤدي معنى واحداً ، وإن عوضه أجنبي عن الموهوب له متبرعاً

ثم طلقها بعده فالهبة صحيحة ، لانه وفى بالشرط . وقال الإمام الاسبيجابي في شرح الكافي رجل وهب لأمرأة هبة ثم تزوجها فله ان يرجع فيها ، لأنه لم يقع مجازاة ولا صلة ، وإن وهب لها هبة ثم أبانها لم يكن له ان يرجع فيها لأنه حصل المقصود بهذه الهبة وهو تحقيق الصلة حال وقوعها فبطل حق الرجوع .

(قال) أي القدوري (وإذا قال الموهوب له للواهب خذ هذا عوضاً عن هبتك أو بدلاً عنها أو في مقابلتها فقبضه الواهب سقط الرجوع لحصول المقصود) الشرط فيه أن يعلم أنه عوض هبة ،فاذا لم يعلم أنه عوض هبة فاذا لم يعلم فله الرجوع في هبته والموهوب له في عوضه ، وفي جامع قاضي خان والفتاوى وصورة التعويض انه يذكر لفظاً يعلم الواهب أنه عوض هبة بأن يقول الموهوب له خذ هذا عوضاً أو جزاء هبتك أو ثواب هبتك أو بدل هبتك ، أما إذا لم يعلم كان لكل منها الرجوع .

وفي المبسوط سواء كان العوض شيئاً قليلا أو كثيراً من جنس الهبة أو من غير جنسها لأنها ليست معاوضة محضة ، فلا يتحقق فيه الربا ، ولا بد أن يكون العوض من مال هو غير الموهوب حتى لو عوض شيئاً من الموهوب بأن كانت الهبة ألف درهم واحد من تلك الدراهم لا يجوز ، وكذلك لو كانت الهبة داراً والعوض بيت منها لا يجوز ، وعند زفر يجوز ويشترط شرائط الهبة في العوض في القبض والإقرار لأنه تبرع (وهذه العبارات تؤدي إلى معنى واحداً) لأن هذه الالفاظ كلها تدل على المكافأة ، فحصل مقصود الواهب وانقطع الرجوع .

(وإن عوضه أجنبي عن الموهوب له متبرعاً) أي حال كونه متبرعاً ، هذا ليس بقيد فان الحكم في غير المتبرع كذلك ، حتى لو عوضه الأجنبي بأمر الموهوب له عوضه

فقبض الواهب العوض بطل الرجوع، لأن العوض لإسقـــاط الحق فيصح من الاجنبي كبدل الخلع والصلح. وإذا استحق نصف الهبة رجع بنصف العوض لانه لم يسلم له ما يقابل نصفه . وإن استحق نصف

بشرط أن يرجع على الموهوب له بطل الرجوع ، وإنما ذكره ليعلم بطلان الرجوع في غير المتبرع بالطريق الاولى ، ولكن لو عوضه بأمر الموهوب له لا يرجع بالعوض عليه إلا أن يضمنه الموهوب له صريحاً ، بخلاف قضاء الدين ، فانه لو قضى دين آخر بأمره يرجع عليه سواء ضمنه صريحاً أو لا ، والفرق أن الأداء في قضاء الدين مستحق عليه ، فكان في الأمر بلا أداء إسقاط المطالبة لمال مستحق ، فيملك ما في ذمته فيرجع عليه ، **أما العوض في** الهبة غير مستحق على الموهوب له فانما أمره بأن يتبرع عنه بمال نفسه ، والتبرع بمال نفسه على غيره لا يثبت حق الرجوع من غير ضمان .

وقال الكرخي في مختصره لو عوض رجل اجنبي عن الموهوب له الواجب عن هبته وقبض العوض لم يكن للواهب أن يرجع في هبته ، سواء عوض بأمر الموهوب له أو بغير أمره ، ولا للمعوض أيضاً أن يرجع في العوض على الواهب ولا على الموهوب له . وقـــال شمس الأئمة البيهقي رحمه الله في الكتابة ولا يرجع على الموهوب إلا إذا قال عوض عني على أني ضامن (فقبض الواهب العوض بطل الرجوع ، لأن العوض لإسقاط الحـق فيصح من الأجنبي) أي لأسقاط حق الرجوع لا لتمليك العين (كبدل الخلع والصلح) أي من الأجنبي فان المرأة تستفيد ببدل الخلع سقوط ملك الزوج عنها ، فجـــاز أن يكون البدل على الأجنبي و كذلك الصلح عن انكار ، لأنه لما يسلم للمصالح سوى سقوط حق الخصوم يجوز أن يجب بدل الصلح على الأجنبي حق ابتداء بدون أن يجب عليه ، و كذلك الصلح عن دم العمد ، لأنه اسقاط أو كان الصلح عن دين سواء كان بإقرار أو إنكار . وفي المبسوط قال كصلح الأجنبي مع صاحب الدين من دينه على مـــال نفسه يجوز ويسقط به الدين عن المديون ، وهذا مثله .

(وإذا استحق نصف الهبة رجع بنصف العوض لأنه لم يسلم له ما يقابل نصفه ، وإن استحق نصف العوض لم يرجع في الهبة إلا أن يرد ما بقى) أي من العوض (ثم يرجـع

العوض لم يرجع في الهبة إلا أن يرد ما بقي ثم يرجع . وقال زفر « رح » يرجع بالنصف اعتباراً بالعوض الآخر . ولنا أنه يصلح عوضاً للكل في الابتداء وبالاستحقاق ظهر أنه لا عوض إلا هو ، إلا أنه يتخير لأنه ما أسقط حقه في الرجوع إلا ليسلم له كل العوض فلم يسلم له فله أن يرده . قال وإن وهب داراً فعوضه عن نصفها رجع الواهب في

وقال زفر « رح » يرجع بالنصف اعتباراً بالعوض الآخر) وهو الهبة ، وهو قاس أحد العوضين على الآخر ، لان كل واحد منهما مقابل بالآخر كما في بيع العوض، فانه إذا استحق بعض احدهما يكون للمستحق عليه أن يرجع على صاحبه بما يقابله .

(ولنا انه) أي أن الباقي (يصلح عوضاً للكل من الابتداء) وما يصلح أن يكون عوضاً عن الكل من الابتداء يصلح أن يكون عوضاً عنه في البقاء ، لان البقاء استهل من الابتداء (وبالاستحقاق ظهر أنه لا عوض إلا هو) أي الباقى ، وعورض بأن الغرض أنه عوض وأجزاء العوض ينقسم على أجزاء المعوض ، فاذا كان الكل في الابتداء أعواضاً عن الكل كان النصف في مقابلة النصف فكان عوضاً عن النصف ابتداء وأجيب بأن ذلك في المبادلات تحقيقاً لها ، وما نحن فيه ليس كذلك فليس له ذلك الرجوع في شيء من الهبة مع سلامة جزء من العوض لما ذكرنا من الدليل ، بخلاف ما إذا كان العوض مشروطا لانها تتم مبادلة فيودع البدل على المبدل . والجواب عن قياس زفر أن المعوض يملك الواهب العوض في مقابلة الموهوب قطعاً فاعتبر المقابلة والانقسام . وأما الواهب فيملك الهبة ابتداء من غير أن يقابله بشيء ثم أخذ العوض علة لسقوط حق الرجوع ، والعلة لا تنقسم على أجزاء الحكم .

(إلا انه) أى إلا أن الواهب (يتخير) بين أن يرد ما بقى من العوض ويرجع في الهبة وبين أن يمسكه ولا يرجع بشيء (لانه ما أسقط حقه في الرجوع إلا ليسلم له كل العوض، فلم يسلم له فله أن يرده) أن يرد ما بقى من العوض .

(قال وإن وهب داراً فعوضه عن [1] نصفها رجع الواهب في النصف الذي لم يعوض

---

(١) من – هامش .

النصف الذي لم يعوض ، لان المانع خص النصف . قال ولا يصح الرجوع إلا بتراضيهما أو بحكم الحاكم

لأن المانع خص النصف) وغاية ما في الباب أنه لزم من ذلك الشيوع لكنه طارىء فلا يضر كما لو رجع في النصف بلا عوض .

فإن قيل قد تقدم أن العوض لإسقاط الحق فوجب أن يعمل الكل لئلا يلزم تجزىء الاسقاط كما في الطلاق ، أجيب بأنه ليس بإسقاط من كل وجه لما تقدم أن فيه معنى المقابلة ، فيجوز التجزى باعتباره ، بخلاف الطلاق .

(قال) أي القدوري (ولا يصح الرجوع) أي في الهبة (إلا بتراضيهما) أي بتراضى الواهب والموهوب له (أو بحكم الحاكم) أراد أن الواهب يرفع أمره إلى الحاكم ليحكم على الموهوب له بالرد إليه ، حتى لو استردها بغير قضاء ولا رضاء كان غاصباً ، ولو هلك في يده يضمن قيمته للموهوب له . وقال الشافعي وأحمد « رح » يجوز الرجوع في موضع له الرجوع بدون القضاء أو الرضى . وقال شيخ الإسلام الاسبيجابي في شرح مختصره الكافي ليس للواهب أن يرجع في هبته عند غير قاض ، لأن العقد انعقد بتراضيهما فلا ينفرد بالفسخ لعدم ولايته ، وإذا فسخ لا ينفسخ إلا بتراضيهما على الفسخ ، فيلزمهما بتراضيهما ، انتهى .

واختلف المشايخ في معنى قولهم لا يصح الرجوع إلا بقضاء أو تراضى ، فمنهم من قال لأن الرجوع في الهبة مختلف فيه كما ذكره المصنف ، ومنهم من قال إنما لم يكن للواهب أن يرجع بغير قضاء أو تراض لأن الموهوب له ملك الهبة بالقبض رقبة وتصرفاً ، فلا يثبت إلا بهما كما في الرد بالعيب بعد القبض، بخلاف من له خيار الرؤية حيث ينفرد بالفسخ بعد القبض ، لأن ما ثبت لفوات مقصود من مقاصد العقد ، ومنهم من قال بأن الواهب في الرجوع مستوف بدل حقه بعد وقوع الملك للموهوب له رقبة وتصرفاً لايكون إلا بقضاء أو رضاء كما في الرد بالعيب ، وكصاحب الدين إذا أراد أن يأخذ دينه من جنس آخر من مال المديون لا يملك إلا بقضاء أو رضاء ، بخلاف خيار الرؤية وخيار الشرط ، فان من له الخيار ينفرد بالنسخ من غير قضاء ولا رضى لأنه بالفسخ مستوف عين حقه ، لأنه لم

يثبت هذا الخيار لفوات مقصود من مقاصد العقد ، كذا في المبسوط .

(لأنه) أى لأن الرجوع في الهبة (مختلف بين العلماء) قال بعض الشراح منهم تاج الشريعة لأن له الرجوع عندنا خلافاً للشافعي فكان ضعيفاً ، فلم يعمل بنفسه في إيجاب حكمه وهو الفسخ ما لم ينضم إليه قرينة ليتقوى بها . وقال صاحب العناية فيه نظر ، والمخلص حمله على اختلاف الصحابة إن ثبت ، قلت نظيره وارد ، لأن مذهب أبي حنيفة بالرجوع قد تقرر قبل الشافعي وأمثاله ، وكيف يكون اختلاف من لم يوجد وقت اجتهاد المجتهد سبباً لكونه ضعيفاً ، ولكن قوله إن ثبت منه وكيف يقول ذلك بالشك وهو مذهب جماعة من الصحابة كعمر وعثمان وعلي وأبي الدرداء وغيرهم رضى الله عنهم .

وأخرج ابن أبي شيبة في مصنفه عن ابن عمر رضي الله عنهما قال هو أحق بها ما لم يعوض منها الهبة ، يعني الهبة ، وصححه ابن حزم ، وقال لا مخالف لهم من الصحابة . وأخرج البيهقي من حديث حنظلة عن سالم عن أبيه عن عمر رضى الله عنه من وهب هبة فهو أحق بها . ثم كلام ابن حزم يخدش كلام صاحب العناية أيضاً ، لأنه ادعى انه لا مخالف من الصحابة فمن ذهب منهم إلى الرجوع فحينئذ يتمين على كلامه مختلف بين العلماء من التابعين .

(وفي أصله) أى وفي أصل الرجوع (وهاء) أى ضعف ، لأنه ثبت بخلاف القياس لكونه تصرفاً في ملك الغير ، وهذا يبطل بالزيادة المتصلة وبغيرها من الموانع . قال السفناقي وتبعه الأترازي والكاكي ناقلين عن المغرب ان وهاء بالمد خطأ ، وإنما هي الوهى مصدر وهى الجبل وهي وهياً إذا ضعف . وقال صاحب العناية وهو خطأ ، لأن مد المقصور السماعي ليس بخطأ ويخطئه ما ليس بخطأ خطأ . قلت قال الجوهري وهي السقاء بهى وهياً إذا تخرق وانشق . وفي السقاء وهي بالتسكين ووهية على التصغير ، وهو خرق قليل وهي الحائط إذا ضعف وهم بالسقوط انتهى . فهذا كما ترى من باب فعل يفعل بفتح العين في الماضي وكسرها في الغابر نحو رمى يرمي ، ومصدر هذا الباب يأتي على وزن فعل بفتح الفاء وسكون العين نحو رمى يرمي رمياً ووعى يعي وعياً .

وفي حصول المقصود وعدمه خفاء، فلا بد من الفصل بالرضاء أو بالقضاء حتى لو كانت الهبة عبداً فأعتقه قبل القضاء نفذ ، ولو منعه فهلك لا يضمن لقيام ملكه فيه ، وكذا إذا هلك في يده بعد القضاء ، لان أول القبض

فصاحب المغرب يصيب من وجه في قوله وإنما هي الوهـــي يعني بتسكين العين ، ومخطىء من وجه في قوله وهاء بالمد خطأ ، لأن هذا أيضاً مصدر على وزن فعـــال كما تقول في قلى يقلى قلاء وقلا فقلاء على وزن فعال ، ووهاء كذلك ، وقـد قال الجوهرى القلي البغض ، فان فتحت القاف مددت تقول قلاه يقليه قلي وقلاء . وقول صاحب العناية لأن مد المقصور السماعي ليس بخطأ خطأ ، لأن جواز مد المقصور السماعي مبني على وجود المقصور حتى يمد ، والمصدر بناء على وزن فعل بالتسكين ، فمن أين يأتي المد .

نعم هذا الذي ذكره انما يكون إذا كان المصدر على وزن فعل بتحريك العين على أن قصر الممدود أو مد المقصور من ضرورات الاشعار فافهم . فحينئذ ينبغي أن يقدر أو في أصله وهى بالتسكين او وهاء بالمد وقد وقع في نسخ الهداية كلاهما وكلاهما صحيح بمـــا ذكرنا ، والخطأ وهي بتحريك العين والقصر ، وهكذا هو التحقيق وافـــتراء الخطأ والتخطئة من التقليد .

(وفي حصول المقصود وعدمه خفاء) لأن مقصوده منها إن كان الثواب فقد حصل . وكذا إن كان غرضه إظهار الجود والسماحة ، وإن كان القرض لم يحصل فعلى الوجهين الاولين ليس له الرجوع لحصول المقصود ، وعلى الوجه الاخير له الرجوع ، فلما تردد أمره احتاج إلى القضاء ليترجح جانب الرجوع على عدمه (فلا بد من الفصل بالرضاء أو بالقضاء حتى لو كانت الهبة عبداً فأعتقه) أى الموهوب له (قبل القضاء نفذ) أي انتقد (ولو منعه) أي الموهوب له الموهوب من الواهب (فهلك لا يضمن لقيام ملكه فيه) أي ملك الموهوب له في الموهوب .

(وكذا إذا هلك في يده بعـــد القضاء) أي وكذا لا يضمن الموهوب له إذا هلك الموهوب في يده بعد قضاء القاضي بالرجوع قبل الطلب (لأن أول القبض غير مضمون

غير مضمون وهذا دوام عليه إلا أن يمنعه بعد طلبه، لانه تعد ، وإذا رجع بالقضاء أو بالتراضي يكون فسخاً من الأصل ، حتى لا يشترط قبض الواهب ويصح في الشائع ، لأن العقد وقع جائزاً موجباً حق الفسخ من الأصل ، فكان الفسخ مستوفياً حقاً ثابتاً له ، فيظهر على الإطلاق .

وهذا دوام عليه) أي المتحقق بعد القضاء وأم على القبض الذي ينعقد سببه للضمان عليه (إلا أن يمنعه بعد طلبه لأنه تعد) إلا أن يمنع الموهوب عن الواهب بعد طلبه عندالقضاء بالرجوع ، لأن منعه حينئذ تعد (واذا رجع بالقضاء أو بالتراضي يكون فسخاً من الأصل) وبه قال الشافعي وأحمد رحمه الله . وقال زفر الرجوع بغير القضاء بمنزلة الهبة المبتدأ لعود الملك اليه بتراضيهما فيعتبر عقداً جديداً في حق ثالث فاشبه الرد بالعيب بعد القبض بغير قضاء (حتى لا يشترط قبض الواهب) يعني بعد الرجوع ، فلو كان كالهبة المبتدأة مثل ما قال زفر شرط القبض .

(ويصح في الشائع) يعني يصح الرجوع في الشائع إن رجع عن نصفه ، ولو كان كالهبة المبتدأة لما صح الرجوع في النصف الشيوع (لأن العقد وقع جائزاً) هذا دليل على المطلوب ، تقريره أن هذا العقد وقع جائزاً غير لازم (موجباً حق الفسخ من الأصل) لثبوت حق الرجوع (فكان الفسخ مستوفياً حقاً ثابتاً له ، فيظهر على الاطلاق) يعني سواء كان بالتراضي او بالقضاء ، لأنهما يفعلان بالتراضي ما يفعل القاضي وهو الفسخ ، فيظهر على الإطلاق .

وفسر تاج الشريعة قوله على الاطلاق بقوله أي في الشائع وغيره وفي المقبوض وغير المقبوض ، والذي ذكرنا هو أقرب من الذي ذكره بقية الشراح ، يظهر ذلك بالتأمل ، ولا يلزم على هذا الرد في المرض ، فانه لو رد في مرضه بغير قضاء يعتبر من الثلث . ولو كان الرد بالتراضي فسخاً من الأصل لاعتبر ذلك من جميع ماله كما في الرد بالقضاء ، لأن فيه روايتين ، وذكر ابن سماعة فيه القياس والاستحسان في القياس يعتبر من جميع ماله .

بخلاف الرد بالعيب بعد القبض ، لأن الحق هناك في وصف السلامة لا في الفسخ فافترقا . قال وإذا تلفت العين الموهوبة فاستحقها مستحق وضمن الموهوب له لم يرجع على الواهب بشيء ، لأنه عقد تبرع فلا يستحق فيه السلامة وهو غير عامل له ،

وفي الاستحسان من الثلث لأنه تمليك مبتدأ ، ولكن الرد في مرضه باختياره تمم بالقصد إلى إبطال حق الورثة عما يعلق حقهم فلرد قصد يعتبر من الثلث ، لا لانه تمليك مبتدأ ، كذا في المبسوط .

(بخلاف الرد) هذا جواب عن قياس زفر رحمه الله ، وتقريره ان الرد (بالعيب بعد القبض) وإنما يكون في صورة القضاء خاصة (لان الحق هناك في وصف السلامة) حتى لو زال العيب قبل رد المبيع بطل الرد لسلامة حقه له (لا في الفسخ) لان العيب لا يمنع تمام العقد ، فإذا كان ثابتاً لم يقتدنس الفسخ ، فاذا تراضيا على ما لم يقتضه العقد من رفعه كان ذلك كالابتداء عقد بينهما ، وأما القاضى فانما يقضى اولاً بما يقتضيه العقد من وصف السلامة فان عجز البائع قضى بالفسخ فلم يكن ما ثبت بالتراضى عين ما ثبت بالقضاء (فافترقا) أي الرجوع بالتراضي والرد بالعيب بعد القبض بالتراضي ، وإنما قيد بقوله بعد القبض لأن الرد بالعيب قبل القبض فسخ من الأصل سواء كان بالقضاء أو بالرضاء . وفائدة هذا أنه لو وهب لانسان فوهب الموهوب له لآخر ثم رجع الثاني في هبته كان للاول أن يرجع ، سواء رجع الثاني بقضاء أو بغيره خلافاً لزفر في غيره . وإذا رد المبيع بعيب على البائع قبل القبض فللبائع أن يرده على بائعه كذلك ، وبعد القبض إن كان بقضاء فكذلك ، وإن كان بغيره فليس له ذلك .

(قال) أي القدوري (وإذا تلفت العين الموهوبة فاستحقها مستحق وضمن الموهوب له لم يرجع على الواهب بشيء لأنه عقد تبرع فلا يستحق فيه السلامة) لأنه لم يلزمها لا صريحاً وهو ظاهر ، ولا دلالة لأنه ما سلم له شيء بخلاف المعاوضة ، لأنه سلم له البدل فيكون ملتزماً سلامة البدل (وهو غير عامل له) أي الموهوب له غير عامل للواهب ،

والغرور في ضمن عقد المعاوضة سبب للرجوع لا في ضمن غيره .

واحترز به عن المودع ، فإنه يرجع على المودع بما ضمن لأنه عامل للمودع في ذلك القبض بحفظها لأجله . وعن المضارب إذا اشترى شيئاً بمال المضاربة ثم استحق رأس المال فضمنه المستحق فإن المضارب يرجع على رب المال لأنه عامل له .

(والغرور في ضمن عقد المعاوضة سبب للرجوع) هذا جواب عن سؤال مقدر تقريره أن يقال أنه غره بإيجاب الملك له في المحل ، واختياره بأنه ملكه والغرور يوجب الضمان كالبائع إذا غر المشتري . وتقرير الجواب أن الغرور لا يكون سبباً للرجوع في غير المعاوضة كالبيع ونحوه (لا في ضمن غيره) أي لا يكون الغرور سبباً للرجوع وغير المعاوضة يكن أخبر انساناً بأمن الطريق فسلك فيه فأخذه اللصوص لم يرجع على المخبر بشيء ، فعلم أن حق الرجوع إنما يثبت باعتبار عقد المعاوضة ، حتى لو ضمن الواهب سلامة الموهوب للموهوب له نصاً يرجع على الواهب ، ذكره في الذخيرة . وهذا لو وهب الغاصب ما غصب أو باع أو تصدق أو أجر أو رهن أو أودع أو أعار فهلك ضمنوا ولا يرجع الموهوب على الغاصب والمتصدق عليه على الغاصب ، ويرجع المستأجر والمرتهن ، ويرجع المشتري بالثمن ولا يرجع السارق من الغاصب ولا غاصب الغاصب ، كذا في فصول الاستروشني .

فإن قلت لم قال والغرور في ضمن عقد المعاوضة ولم يقل في عقد المعاوضة ، فهل في زيادة لفظه ضمن فائدة . قلت نعم فإن في ولد المغرور يرجع بالقيمة على البائع وإن لم توجد المعاوضة في الولد ، ولكنه غرور في ضمن عقد المعاوضة فكان أن عقد المعاوضة بسبب الضمان فكذلك ما كان في ضمنه ، لأن المتضمن يكتسي كسوة التضمين .

فإن قلت المودع يرجع على المودع بما ضمن ، مع أن عقد المعاوضة لم يوجد . قلت هذا ليس على الغرور ، بل بناء على أنه عامل له كما تقدم آنفاً . وقال الكاكي وقوله والغرور ... إلى آخره جواب عما قال الشافعي أنه يرجع على الواهب لأنه غره بالهبة كالبائع إذا غر المشتري ، قلت هذا ليس بظاهر على أن أكثر كتب الشافعية ناطقة ، بخلاف ما ذكره . وقال الأترازي في قول المصنف نظر ، لأن المودع بما ضمنه لكونه

قال وإذا وهب بشرط العوض اعتبر التقابض في المجلس في العوضين ويبطل بالشيوع ، لأنه هبة ابتداء ، فإن تقابضا صح العقد وصار في حكم البيع يرد بالعيب وخيار الرؤية ويستحق فيه الشفعة لأنه بيع انتهاء . وقال زفر والشافعي « رح » هو بيع ابتداء وانتهاء لأن فيه معنى البيع وهو التمليك بعوض ، والعبرة في العقود للمعاني ، ولهذا كان بيع العبد من نفسه اعتاقاً .

يرجع مع أن عقد المعاوضة لم يوجد . قلت لقائل أن يقول رجوع المودع بما ضمنه لكونه عاملا للمودع لا للغرور كما ذكرناه .

(قال) أي القدوري (وإذا وهب بشرط العوض) مثل أن يقول وهبتك هذا العبد على أن تهب لي هذا العبد . قال المحبوبي رحمه الله هذا فاذكره بكلمة على ، مثل ما ذكرناه أما لو ذكره بحرف الباء بأن قال وهبتك بهذا الثوب أو بألف درهم وقبله الآخر يكون بيعاً ابتداء أو انتهاء بالإجماع (اعتبر التقابض في العوضين) حتى لو لم يوجد لا يثبت الملك لواحد منهما (ويبطل بالشيوع لأنه هبة ابتداء . فإن تقابضا صح العقد وصار في حكم البيع يرد بالعيب وخيار الرؤية ويستحق فيه الشفعة لأنه بيع انتهاء) وإن كان هبة ابتداء .

(وقال زفر والشافعي رحمهما الله هو بيع ابتداء وانتهاء ، لأن فيه معنى البيع وهو التمليك بعوض ، والعبرة في العقود للمعاني) وبه قال مالك واحمد ، ألا ترى أن الكفالة له بشرط براءة الأصل حوالة ، والحوالة بشرط عدم براءة الأصل كفالة . ولو وهب ابنته لرجل كان نكاحاً ، ولو وهب عبد لنفسه كان اعتاقاً ، ولو وهب الدين لمن عليه كان إبراء فاللفظ واحد والعقود مختلفة لاختلاف المعنى والمقصود . (وهذا) أي ولكون الهبة المذكورة بيعاً (كان بيع العبد) أي بيع المولى العبد بالمصدر مضاف إلى مفعوله وطوى ذكر الفاعل (من نفسه اعتاقاً) بأن قال لعبده بعتك نفسك منك بألف درهم مثلا يكون اعتاقاً للعبد .

ولنا أنه اشتمل على جهتين فيجمع بينهما ما أمكن عملاً بالشبهين وقد أمكن ، لأن الهبة من حكمها تأخر الملك إلى القبض وقد يتراضي عن البيع الفاسد والبيع من حكمه اللزوم ، وقد تنقلب الهبة لأزمة بالتعويض فجمعنا بينهما ، بخلاف بيع نفس العبد منه لأنه لا يمكن اعتبار البيع فيه ، إذ هو لا يصلح مالكاً لنفسه

(ولنا انه اشتمل على جهتين) اي جهة الهبة لفظاً وجهة البيع معنى (فيجمع بينهما ما أمكن عملا بالشبهين) لأن كل ما يشتمل على جهتين وأمكن الجمع بينهما وجب إعمالهما؛ لان إعمال الشبهين لو وجد أولى من إهمال أحدهما كالإقالة لما اشتملت على معنى البيع والفسخ جمع بينهما . أما اشتماله على الجهتين فظاهر ، وأما إمكان الجمع بينهما فلما ذكره بقوله (وقد أمكن) أي الجمع بينهما (لأن الهبة من حكمها تأخر الملك إلى القبض) وقد يوجد ذلك في البيع ، أشار إليه بقوله (وقد يتراضى) أي الملك (عن البيع الفاسد والبيع) أي والحال أن البيع (من حكمه اللزوم) وبهذا ظهرت المناسبة بين البيع والهبة (وقد تنقلب الهبة لازمة بالتعويض) يعني إذا قبض العوض (فجمعنا بينهما) أي إذا كانت المناسبة بينهما متحققة جمعنا بينهما .

فإن قيل المنافاة هنا ثابتة لأن قضية البيع اللزوم وترتب الملك عليه بلا فصل وحكم الهبة على عكسه ، وتنافي الملازمين مستلزم لنا في الملزومين فتحقق المنافاة بين البيع والهبة ضرورة . أجيب بأن البيع قد يكون غير لازم كالبيع بالخيار وقد لا يترتب الملك عليه كما في البيع الفاسد لتوقفه على القبض فلم يكن اللزوم ، والترتب من لوازمه ضرورة والهبة قد تقع لازمة كهبة القريب وبالعوض ، وقد يترتب الملك عليها بلا فصل كما لو كانت الهبة في يد الموهوب له فلم يكن عدم اللزوم وعدم الترتيب من لوازمه ضرورة على أن المستحيل الجمع بين المتنافيين في حالة واحدة ، فأما إذا جعلنا هبة ابتداء وبيعاً انتهاء فلا .

(بخلاف بيع نفس العبد منه) هذا جواب عما قاله زفر والشافعي من قولهما ، ولهذا

فصـــل

قال ومن وهب جارية إلا حملها صحت الهبة وبطل الاستثناء ، لأن الاستثناء لا يعمل إلا في محل يعمل فيه العقد والهبة لا تعمل في الحمل لكونه وصفاً على ما بيناه في البيوع فانقلب شرطاً فاسداً ، والهبة لا تبطل بالشروط الفاسدة ، وهـــذا هو الحكم في النكاح والخلع والصلح عن دم العمد لأنها لا تبطل بالشروط الفاسدة ،

كان بيع العبد من نفسه اعتاقاً وتقريره أن بيع العبد من نفسه إنما جعل اعتاقاً (لأنـه لا يمكن اعتبار البيع فيـــه إذ هو لا يصلح مالكاً لنفسه) لأنه لا يملك غيره مالاً فكيف يملك نفسه مالاً .

(فصل)

أي هذا فصل لما كانت مسائل هذا الفصل متعلقة بالهبة بنوع من التعليق ذكرهـــا في فصل على حدة .

(قال) أي القدوري (ومن وهب جارية إلا حملها صحت الهبة وبطل الاستثناء ، لأن الاستثناء لا يعمل إلا في محل يعمل فيه العقد والهبة لا تعمل في الحمل) بأن وهب حمل الجارية دونها ، فإنه لا يجوز (لكونه وصفاً) أي لكون الحمل وصفاً كأطرافها من اليد والرجل فلا يكون من جنسها فلا يصح استثناؤه ، لأن الإستثناء يكون من جنس المستثنى منه ، وأيضاً العقد لا يرد على الأوصاف مقصوداً حتى لو وهب الحمل لا يصح ، فكذا إذا استثنى (على ما بيناه في البيوع) أي في الفصل المتصل بأول كتاب البيع (فانقلب شرطاً فاسداً) يعني إذا لم يكن الإستثناء عامل انقلب شرطاً فاسداً ، لأن اسم الجارية يتناول الحمل تبعاً لكونه جزاء منهما ، فلما استثنى كل كان الاستثناء مخالفاً لمقتضى العقد ، وهو معنى الشرط الفاسد (والهبة لا تبطل بالشروط الفاسدة) لأن الملك في الهبة معلق بفعل حسي وهو القبض ، والفعل الحسي لا يبطل بالشرط الفاسد ، وإنما الشرط الفاسد

يؤثر في العقود الشرعيـــة ، لأنَ الحسيات إذا وجدت لا مرد لها ، فلا يمكن أن يجعل عدماً .

فإن قيل ما الفرق بين الحمل وبين الصوف على الظهر واللبن في الضرع ، فإنه إذا وهب الصوف على ظهر الغنم وامره بجزه او اللبن في الضرع وحلبه وقبض الموهوب له ، فإنــه جائز استحساناً دون الحمل . الجواب أن ما في البطن ليس بمال أصلا ، ولا يعلم وجوده حقيقة ، بخلاف الصوف واللبن . ومن أصحابنا من قال إن أمره في الحمل بقبضه بعـــد الولادة فقبض ينبغي أن يجوز استحساناً ، والأصح أنه لا يجوز خلافاً لأحمد وأبي ثور ، فان عندهما يصح الإستثناء وتصح الهبة في الإماء دون الولد .

(وهذا هو الحكم) أى صحة العقد وبطلان الاستثناء هو الحكم (في النكاح) بأن قال تزوجتك على هذه الجارية إلا حملها يبطل الاستثناء حتى تصير الجارية مع الحمل مهراً (والخلع) بأن جعلت الجارية الحامل بدل الخلع ، واستثنت الحمل تكون الجارية والحمل بدل الخلع (والصلح عن دم العمد) بأن قال صالحتك ، وعلى هـــذا الجارية إلا حملها (لأنها لا تبطل بالشروط الفاسدة) أي لان هـــذه العقود لا تبطل بالشروط الفاسدة كالهبة .

(بخلاف البيع والإجارة والرهن لأنها تبطل بها) أي بالشروط الفاسدة بأن اشترى جارية أو أجرها أو رهنها إلا حملها فانه لا يصح لما قلنا .

فان قلت ينبغي أن لا يفسد الرهن بالشرط فالهبة لتوقف عقــد الرهن على القبض ، وهو فعل حسي ، قلت القبض في باب الرهن حكم للرهن ، لأن حكمه ثبوت يـــد الاستيفاء ، وحكم العقد يضاف إلى العقد ، والشرط الفاسد يؤثر في العقد ، أما في الهبة الحكم هو الملك والملك يثبت بالقبض ، فكان القبض حكم ركن العلة ، والفساد لا يؤثر في الركن فلغى الشرط ، كذا في الإيضاح ، قال السغناقي كأنه أراد بالركن غير العقد كما في أركان العبادات ، انتهى. فهذا كماقد علمت ذكر المصنف القسمين في الاستثناء ، أحدهما ما يجوز فيه أصل العقد ويبطل الاستثناء ، والآخر ما يبطلا فيه جميعاً . وبقي قسم ثالث

لم يذكره وهو ما يصحا فيه جميعاً كالوصية ، لأن إفراد الحمل بالوصية جائز ، فكذا استثناؤه . ذكر في شرح الطحاوى أن هذه ثلاث مراتب ، الاولى : العقد والاستثناء فاسدان نحو البيع والإجارة والكتابة والرهن .

الثانية : العقد جائز والاستثناء فاسد نحو الهبة والصدقة والنكاح والخلع والصلح في دم العمد ، ويدخل في العقد الام والولد جميعاً ، وكذلك العتق إذا أعتق الجارية واستثنى ما في بطنها صح العتق ولم يصح الاستثناء .

الثالثة : العقد والإستثناء صحيحان نحو الوصية إذا أوصى الرجل بجارية واستثنى ما في بطنها فانه يصح وليس هذا كما إذا أوصى بجارية واستثنى خدمتها وغلتها للورثة فالوصية صحيحة والإستثناء باطل ، لأن الخدمة والغلة لا تجرى فيها الميراث دون الاصل ألا ترى أنه لو أوصى بخدمتها وغلتها لإنسان ثم مات الموصى له بعدما صحت الوصية فانهما يعودان إلى ورثة الموصي فلا تكون الخدمة موروثة عن الموصى له ولو وقع المعقود على ما في البطن ، أما عقد البيع فلا يجوز ، وكذلك الكتابة عليه لا يجوز وإن قبلت الام عنه ، وكذلك الهبة والصدقة لا يجوز وإن سلم الام إلى الموهوب له ، ولو تزوج عليها فالقسمة باطلة ويجب مهر المثل .

ولو صالح عن القصاص على ما في البطن فان الصلح صحيح ويبطل القصاص والتسمية باطلة ، ويكون للمولى على القاتل الدية ، وإنما جاز عتق ما في البطن لان العتق ينافي وما في البطن موقوف ، فكذا الوصية بما في البطن يصح إذا علم وجوده وقت الوصية ، لأن الوصية أخت الميراث ، والميراث تجرى فيه فكذا الوصية . ولو خالع امرأته على ما في بطن جاريتها فالخلع واقع وللزوج الولد إذا كان موجوداً في البطن وقت الخلع ، وإن لم يكن موجوداً كما إذا جاءت به لستة أشهر فصاعداً فلا سبيل للزوج على ما في البطن ولكنه ينظر إن قالت اخلعني على ما في بطن جاريتي ولم يقل من ولد فلا شيء له عليها ، ولو قالت من الولد فانه يرجع عليها بما ساق إليها من المهر لانها غرت الزوج حين قالت من ولد وليس في بطنها ولد ، وإذا لم تقل من ولد لم تعذر ، وهذا إذا قالت

ولو أعتق ما في بطنها ثم وهبها جاز لأنه لم يبق الجنين على ملكه فأشبه الاستثناء . ولو دبر ما في بطنها ثم وهبها لم يجز ، لأن الحمل بقي على ملكه فلم يكن شبيه الاستثناء ، ولا يمكن تنفيذ الهبة فيه لمكان التدبير فبقي هبة المشاع أو هبة شيء

اخلعني على ما في يدي أو على ما في صندوقي هذا من شيء أو لم تذكر شيئاً ، فان كان فيه شيء فللزوج ، وإن لم يكن فيه شيء فلا يرجع الزوج عليها بشيء ، لانها لم تغره حيث لم تسم له مالاً . فأما إذا قالت اخلعني على ما في صندوقي هذا من متاع ، فان كان فيه شيء من متاع فهو له ، وإن لم يكن يرجع عليها بما ساق لها من المهر .

(ولو أعتق ما في بطنها ثم وهبها) أي الجارية (جاز لأنه لم يبق الجنين على ملكه) أي على ملك الواهب لخروجه عنه بالاعتاق ، فلم تكن هبة مشاع فتكون جائزة (فأشبه الاستثناء) أي في تحرير الهبة . تقريره أن إعتاق الحمل قبل هبة الجارية مشابه لما إذا وهب الجارية واستثنى حملها . ووجه المشابهة أن في صورة إعتاق الحمل قبل الهبة لا يبقى الحمل على ملك الواهب ، فكذا في استثناء الحمل ، لأن الحمل لا يبقى أيضاً على ملك الواهب بعد الاستثناء لعدم صحة استثناء الحمل .

(ولو دبر ما في بطنها ثم وهبها لم يجز ، لأن الحمل بقي على ملكه فلم يكن شبيه الاستثناء) في التجويز ، لأن الجواز في الاستثناء كان بإبطاله وجعل الحمل موهوباً (ولا يمكن تنفيذ الهبة فيه لمكان التدبير فبقي هبة المشاع) وهي لا تجوز فيما يقسم ، وروي أن هبة الأم تجوز بعد تدبير ولدها ذكره في المبسوط ، ويمكن أن يكون قول المصنف فلم يكن شبيه الاستثناء جواباً لرد هذه الرواية .

فإن قيل هب أنها هبة مشاع لكنها فيما لا يحتمل القسمة وهي جائزة . والجواب أن عرضية الانفصال في ثاني الحال ثابتة لا محالة فانزل منفصلاً في الحال ، مع أن الجنين لم يخرج من ملك الواهب ، فكان في حكم المشاع يحتمل القسمة .

وكان المصنف رحمه الله لما استشعر هذا السؤال أردفه بقوله (أو هبة شيء) بنصف

الهبة ، لأن التقدير أو نفي هبة شيء فيكون حالاً عن الضمير الذي في بقي (هو مشغول بملك المالك) كما إذا وهب الجوالق وفيه طعام الواهب وذلك لا يصح كهبة المشاع . وفي نوادر هشام قال أبو حنيفة رحمه الله إذا وهب لابنه الصغير أرضاً فيها زرع الأب أووهب منه داراً والأب فيها ساكن لم تجز الهبة فيها . وفي الهاروني المجرد قال أبو حنيفة في رجل تصدق على ابن صغير بدار له وفيها متاع الرجل أو كان الأب فيها ساكناً أو فيهامتاع له وليس ساكن فيها أو قوم سكان بغير أجر جازت فكان قابضاً لابنه . ولو كان فيها مكان بأجر كانت الصدقة باطلة .

فإن قيل قد جعل في الإيضاح مسألة هبة الجارية بعد التدبير شبيه الإستثناء ، وهبتها بعد الإعتاق غير شبيه الإستثناء على عكس ما ذكره المصنف ، فما التوفيق بينهما . قلت مراد صاحب الإيضاح بالاستثناء الحقيقي وهو التكلم بالباقي بعد الإستثناء ولكن لم تصح الهبة بذلك الإستثناء لمكان الشيوع وهذا متحقق في مسألة التدبير لبقاء الملك في المدبر وفي مسألة الإعتاق لم تكن في معنى الإستثناء الذي يورث الشيوع فصح ، والمصنف أراد بالإستثناء إستثناء الحمل ، ومسألة الإعتاق تشابهه في جواز الهبة والتدبير لم يشابهه كما تقدم .

فائدة : صاحب الايضاح هوالامام ركن الدين أبو الفضل عبد الرحمن بن محمد بن ابراهيم الكرماني . قال السمعاني في معجم شيوخه إمام أصحاب أبي حنيفة رحمه الله بخراسان قدم مرو وتفقه على القاضي محمد بن الحسن الارده يتنا في حجر القضاة ظهرت تصانيفه بخراسان والعراق ، ومن تصانيفه الجامع الكبير والتجريد في القيمة في مجلد واحد وشرحه في ثلاث مجلدات وسماه الايضاح . قال السمعاني سمعت منه ولو كانت ولادته بكرمان في شوال سنة سبع وخمسين وأربعمائة ومات بمرو عشية الجمعة لعشرة بقين من ذي القعدة سنة ثلاث وأربعين وخمسمائة رحمه الله .

(فإن وهبها له على أن يردها عليه) أي فإن وهب جارية له ، أي لفلان على أن يردها عليه (أو على أن يعتقها أو يتخذها أم ولد أو وهب له داراً أوتصدق عليه بدار على

أو يتخذها أم ولد ، أو وهب له داراً أو تصدق عليه بدار على أن يرد عليه شيئاً منها أو يعوضه شيئاً منها فالهبة جائزة والشرط باطل ، لأن هذه الشروط تخالف مقتضى العقد

أن يرد عليه) أي على الواهب (شيئاً منها) أي من الدار (أو يعوضه شيئاً منها) وهذا متصل بقوله وتصدق عليه بدار لأنه لو وصل بقوله أو وهب داراً كان هبة بشرط العوض ، والهبة بشرط العوض صحيح ، والشرط صحيح حتى يكون هبة إبتداء بيعاً انتهاء . وإنما لا يصح اشتراط العوض في الصدقة لأخ الهبة ، اللهم إلا أن أراد بقوله أو يعوضه شيئاً منها هو أن يرد بعض الدار الموهوب له على الواهب بطريق العوض قبل الدار فيصح صرف قوله أو بعضه حينئذ إلى قوله أو وهب داراً إلا أنه يلزمه التكرار لافائدة قاله الكاكي .

قلت لا يلزم ، لأن الرد عليه لا يستلزم كونه عوضاً فإن كونه عوضاً إنما هو بألفاظ تقدم ذكرها . وفي الجامع الصغير عن يعقوب عن أبي حنيفة في الرجل يهب للرجل هبة أو يتصدق عليه بصدقة على أن يرد عليه ثلثها أو ربعها أو بعضها أو يعوضه ثلثها أو ربعها ، قال الهبة جائزة ولا يرد عليه ولا يعوضه منها شيئاً .

وقال الاسبيجابي في شرح الكافي فإن كانت الهبة ألف درهم والعوض درهم منها لم يكن ذلك عوضاً لأن الشيء لا يصلح أن يكون عوضاً عن نفسه ، وكان للواهب أن يرجع في الهبة لانعدام العوض . وكذلك إذا كانت الهبة داراً والعوض بيت منها وإن وهب له حنطة وطحن بعضها فعوضه دقيقاً عن تلك الحنطة كان عوضاً لأنه بالطحن صار شيئاً آخر فالقطع حق الواهب عنه فيصلح عوضاً ، وكذلك لو وهب له ثياباً فصبغ منها ثوباً بعصفر أو قميصاً ثم عوضه إياه لأن الزيادة القائمة بالثوب صلحت عوضاً وقد انقطع حق المالك عنه . وكذلك لو وهب له سويقاً فلت بعضه ثم عوضه بعضه .

(فالهبة جائزة) هذا جواب أن في قوله فإن وهبها إلى آخره (والشرط باطل) وبه قال الشافعي وأحمد في رواية عن أبي ثور وأحمد في صحة الهبة بالشرط الفاسد وجهان بناء على الشروط الفاسدة في البيع (لأن هذه الشروط تخالف مقتضى العقد) لأن مقتضى

فكانت فاسدة والهبة لا تبطل بها ، ألا ترى أن النبي عليه السلام أجاز العمرى وأبطل شرط المعمر بخلاف البيع ، لأنه عليه السلام نهى عن بيع وشرط ،

ثبوت الملك مطلقاً بلا توقيت ، فإذا شرط عليه الرد والاعتاق أو غير ذلك يعتد بها (فكانت فاسدة والهبة لا تبطل بها) أي بالشروط الفاسدة .

فإن قلت للواهب حق فيكون اشتراطه الرد عليه عبارة عن ذلك الحق الثابت . قلت قوله على أن يرد إخبار عن لزوم الرد ولزومه غير ذلك الحق إذ ليس من حق الرد لزوم الرد .

(ألا ترى) إشارة إلى بيان أصل ذلك وهو (أن النبي عليه السلام أجاز العمرى وأبطل شرط المعمر) يعني في رجوعها اليه بعد الموت المعمر له وجعلها ميراثاً لورثة المعمر له والحديث أخرجه البخاري ومسلم عن أبي سلمة عن جابر رضي الله عنه عن النبي ﷺ كان يقول العمرى لمن وهبت له ، وأخرجه مسلم أيضاً عن أبي الزبير عن جابر قال قال رسول الله ﷺ أمسكوا عليكم اموالكم لا تعمروها فانه من أعمر عمرى فإنها للذي أعمرها حياً وميتاً ، وأخرجه أبو داود والنسائي عن عروة عن جابر رضى الله عنه قال من أعمر عمرى فهي له ولعقبه . وأخرج البخاري ومسلم أيضاً عن بشير بن نهيك عن أبي هريرة رضى الله عنه قال ، قال رسول الله ﷺ العمرى جائزة .

فإن قلت يشكل على هذا ما أخرجه مسلم عن الزهري عن أبي سلمة عن سلمة عن جابر رضى الله عنه قال إنما العمرى التي أجازها رسول الله عليه السلام أن يقول هي لك ولعقبك . فأما إذا قال هي لك ما غشيت فانها ترجع إلى صاحبها . قال معمر وكان الزهري به . قلت هذا مقيد بالعقب وغيره من الأحاديث مطلقة ونحن نعمل بالمطلق والمقيد جميعاً ولا نقيد المطلق .

(بخلاف البيع) فانه يبطل بالشروط الفاسدة (لأنه عليه السلام نهى عن بيع وشرط) هذا الحديث أخرجه الحالث [1] في مسند أبي حنيفة عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن

---

(1) هكذا الاسم في الاصل .

ولأن الشرط الفاسد في معنى الربا ، وهو يعمل في المعاوضات دون التبرعات . قال ومن كان له على آخر ألف درهم فقال إذا جاء غد فهي لك أو أنت بريء منها . أو قال إذا أديت إلي النصف فلك النصف أو أنت بريء من النصف الباقي فهو باطل ، لأن الإبراء تمليك من وجه اسقاط من وجه وهبة الدين ممن عليه إبراء ،

جده أن النبي ﷺ نهى عن بيع وشرط ، وقد طعنوا في هذا الحديث وقد مر الكلام فيه مستوفى في كتاب البيوع (ولأن الشرط الفاسد في معنى الربا) لأنه لما قوبل المبيع بالثمن خلاف الشرط عن العوض ، وفيه منفعة لأحدهما أو للمعقود عليه وهو من أهل الاستحقاق . وليس الربا إلا بمال يملك بالعقد من غير عوض ، والشرط الذي قلنا له حكم المال لأنه يجوز أخذ المعوض عليه (وهو يعمل في المعاوضات دون التبرعات) والهبة ليست من المعاوضات فلا يبطل الشرط .

م (قال) أي في الجامع الصغير (ومن كان له على آخر ألف درهم فقال إذا جاء غدفهي لك ، أو أنت منها بريء ،أوقال إذاأديت إلي النصف فلك النصف أو أنت بريءمن النصف الباقي فهو باطل) فإذا كان باطل يكون الألف عليه على حاله (لأن الإبراء تمليك من وجه) لأنه يرتد بالرد (اسقاط من وجه) لأنه لا يتوقف على القبول (وهبة الدين ممن عليه إبراء) وبه قال الشافعي وهل يقبض الإبراء إلى القبول عنه فيه وجهان ، في وجه يفتقر قبل هذا الكلام يستقيم على قول زفر « رح » ، فانه قال يتم هبة الدين بلا قبول كالإبراء فسوى بينهما أما عندنا الهبة لا تتم بدون القبول والابراء يتم من غير قبول ، هكذا ذكره في المبسوط ولكن ذكره في المغني أن هبة الدين لا تتوقف على القبول في حق المديون . أما هبة الدين للكفيل تمليك فيتوقف على القبول ،وفيه أن هبة دين الصرف والسلم فيه ، وإبراؤه يتوقف على القبول ، وفي سائر الديون لا يتوقف الإبراء باتفاق الروايات .

وفي الهبة روايتان ، قيل في الفرق بينهما أن إبراء بدل الصرف والسلم فيه يوجب انفساخ العقد لأنه يوجب فوات القبض المستحق بالعقد فلم ينفرد أحد العاقدين به فيتوقف

وهذا لأن الدين مال من وجه . ومن هذا الوجه كان تمليكاً ووصف من وجه . ومن هذا الوجه كان اسقاطاً ، ولهذا قلنا إنه يرتد بالرد ولا يتوقف على القبول والتعليق بالشرط يختص بالاسقاطات المحضة التي يحلف بها كالطلاق والعتاق فلا يتعداها .

قبول الآخر بخلاف الإبراء عن سائر الديون لأنه ليس فيه معنى فسخ عقد ثابت وأن فيه معنى التمليك من وجه ، ومعنى الاسقاط من وجه فلا يتوقف على القبول ، كذا في الذخيرة .

(وهذا) توضيح لكون الإبراء تمليكاً من وجه واسقاطاً من وجه (لأن الدين مال من وجه) حتى تجب فيه الزكاة ، ويصح البيع بالدين وفي بعض النسخ لأنه مال ، أي لأن الدين (ومن هذا الوجه كان تمليكاً) أي الإبراء (ووصف من وجه)يعني انه ليس بمال حتى لا يحنث لو حلف أن لا مال له وله ديون على الناس (ومن هذا الوجه كان اسقاطاً ولهذا)أي ولأجل هذين المعنيين (قلنا انه يرتد بالرد) هذا آية التمليك (ولا يتوقف على القبول) هذا آية الإسقاط ، والطلاق قوله يرتد بالرد يفيد ان عمل الرد في المجلس وغيره سوى ، وهذه الرواية عن السلف إلا ما روى عن الأعمش والإسكاف من وجوب الرد في مجلس الإبراء والهبة .

(والتعليق بالشرط يختص بالاسقاطات المحضة التي يحلف بها كالطلاق والعتاق) لأن التعليق بالشرط يمين فما لا يجوز أن يحلف به لا يحتمل التعليق بالشرط كالعفو عن القصاص والإقرار بالمال والحجر على المأذون وعزل الوكيل. وأما الإبراء وإن كان إسقاطاً من وجه ولكن ليس من جنس ما يحلف بها فلا يصح تعليقه بالشرط بخلاف ما لو قال أنت بريء من النصف على أن تؤدي إلي النصف الآن ، لأن ذلك ليس بتعليق بل هو تقييد . ألا ترى أنه لو قال لعبده أنت حر على أن تؤدى إلى ألف درهم ، فقبل فانه لا يعتق قبل الأداء ، كذا ذكره قاضي خان والمحبوبي (فلا يتعداها) أي فلا يتعدى الاسقاطات المحضة إلى ما فيه تمليك .

قال والعمرى جائزة للمعمر له حال حياته ولورثته من بعده لما رويناه ، ومعناه أن يجعل داره له مدة عمره وإذا مات ترد عليه

(قال) أي القدوري (والعمرى جائزة للمعمر له حال حياته ولورثته من بعده لما رويناه) وهو قوله عليه السلام العمرى... وأبطل شرط العمر وقد بيناه عن قريب، وبقولنا قال الشافعي وأحمد وهو قول جابر بن عبدالله وعبدالله بن عباس وعبدالله بن عمر وعلي رضي الله عنهم . وروى عن شريح ومجاهد وطاووس والثوري وقال مالك والليث والشافعي في القديم العمرى تمليك المنافع لا تمليك العين ، ويكون للمعمر السكنى ، فإذا مات عادت إلى المعمر ، وإن قال له ولعقبه كان سكناها لهم فاذا انقرضوا عادت إلى المعمر وفي الجواهر أما العمرى فصورتها أن يقول اعمرتك داري أو ضيعتي فانه قد وهب له الانتفاع بذلك مدة حياته حكماً ، فاذا مات رجعت الرقبة إلى المالك الذي هو المعمر.

فان قال أعمرتك وعقبك فانه قد وهب له ولعقبه الانتفاع ما بقى منهم إنسان ،فاذا لم يبق منهم أحد رجعت الرقبة إلى المالك الذي هو المعمر ، لأنه وهب له المنفعة ولم يملك الرقبة ، وكذلك إذا قال اسكنتك هذا الدار عمرك أو وهبتك سكناها عمرك ، أو قال هي لك سكنى أو لك ولعقبك سكنى ، فاذا مات المعمر أو انقرض عقبه بعد وفاة المعمر الواهب رجعت الرقبة إلى وارث المعمر يوم مات ، انتهى .

(ومعناه) أي معنى العمرى اراد تفسيره (أن يجعل داره له مدة عمره) أي مدة عمره (وإذا مات) أى المعمر بفتح الميم الثانية (ترد عليه) أي على المعمر بكسر الميم الثانية . وقيل صورته أن يقول أعمرتك داري هذه ، أو هي لك عمرى أو ما عشت أو مدة حياتك أو ما حييت ، فاذا مت فهي رد علي أو نحو هذا سميت عمرى لتقييدها بالعمر .

فان قلت روى عن ابن الأعرابي لم يختلف العرف في العمرى والرقبى والمنحة والعرية والعارية والسكنى انها على ملك أربابها ومنافعها من جعلت له ، ونقل إجماع أهل المدينة على ذلك . قلت دعوى اجماع أهل المدينة غير صحيحة لاختلاف كثير من الصحابة رضي الله عنهم . وقوله إنها عند العرب تمليك المنافع لا يضر إذا نقلها الشارع إلى تمليك

فيصح التمليك ويبطل الشرط لما روينا ، وقد بينا أن الهبة لا تبطل بالشروط الفاسدة والرقبى باطلة عند أبي حنيفة ومحمد « رح » وقال أبو يوسف « رح » جائزة لأن قوله داري لك تمليك ، وقوله رقبى شرط فاسد كالعمرى ، ولهما أنه عليه السلام أجاز العمرى ورد الرقبى .

الرقبة كما في الصلاة والزكاة .

(فيصح التمليك ويبطل الشرط لما روينا، وقد بينا أن الهبة لا تبطل بالشروط الفاسدة والرقبى باطلة عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله) وبه قال مالك وهي أن يقول اوهبتك هذه الدار وهي لك حياتك على انك إن مت قبلي عادت إلي ، وإن مت قبلك فهي لك ولعقبك فكأنه يقول هي لآخرنا موتاً ، سميت رقبي لأن كل واحد يرقب موت صاحبه. وقال الحسن بن زياد في المجرد ، وان قال قد أرقبتك داري هذا كانت عارية ، وإن قال هى الك رقبى كانت هبة إذا دفعها اليه .

وقال الكرخي في مختصره وقال محمد رحمه الله في املائه قال أبو حنيفة إذا قال الرجل لرجل هذه الدار لك رقبى ودفعها إليه وقال هذه الدار لك حبيس ودفعها إليه فهي عارية في يده إذا شاء أن يأخذها . قال محمد وهذا قولنا ايضاً ، ثم قال وقال أبو يوسف وأنا أرى أنه إذا قال هى لك حبيس فهى له اذا قبض . وقوله حبيس باطل وكذلك إذا قال هى لك رقبى . وقال شيخ الاسلام خواهر زاده في مبسوطه إذا قال داري لك رقبى أو داري لك هذا حبيس ، قال أبو حنيفة ومحمد « رح » لا تكون هبة . وروى الحسن عن أبى حنيفة ومحمد انه يكون عارية ، وقال أبو يوسف يكون هبة .

(وقال أبو يوسف جائزة) وبه قال الشافعي وأحمد « رح » (لأن قوله داري لك تمليك ، وقوله رقبى شرط فاسد) فكأنه قال رقبة داري الك فصار (كالعمرى) في الجواز .

(ولهما) أي لأبي حنيفة ومحمد (انه عليه السلام أجاز العمرى ورد الرقبى) وقال ابن قدامة

في المغني وحديثهم أنه عليه‌السلام أجاز العمرى ورد الرقبى ، لا نعرفه . وقال الأترازي هذا لا يوجب الطعن فإن الثقات مثل ذلك وأبي حنيفة تمسكوا به . قلت هذا الكلام لا يرضى به الخصم ولا يقنع به . وكيف ولم يبين فيه من هم رواته وامـــا حالهم ومن أي صحابي أخرج ومن خرجه من أهل هــذا الشأن . وفي المبسوط حديثـه مروي عن أبي الزبير عن جابر وحديثهما مروي عن الثقبي عن شريح ، والحديثان صحيحان فلا بد من التوفيق بينهما، فنقول الرقبى قد تكون بمعنى الأرقاب ، وقد تكون بمعنى الترقب فحيث قـــال أجاز الرقبى كان بمعنى الأرقاب بأن يقول رقبة داري لك ، وحيث قـال رد الرقبى كان من الترقب وهو أن يقول أراقب موتك وتراقب موتي ، فإن مت فهي لك ، وإن مت فهي لي فيكون هذا تعليق التمليك بالخطر وهو موت المالك قبله وذلك باطل . ثم لمـــا احتمل المعنيان والملك لذي اليد فيها ثابت بيقين ، فلا يزيد له بالشك .

والجواب عن قوله داري لك تمليك وذلك إنما يصح إذا لم يفسر هذا الإضافة بشيء . أما إذا فسره بقوله رقبي أو حبيس تبين به أنه ليس بتمليك كما في قوله داري لك سكنى تكون عارية . وقوله إنه من الارقاب بمعنى الرقبة داري لك الاشتقاق من الرقبـة مما لم يقله أحد وإبداع الشيء في اللغة ليس بمستحسن . والصواب أنه بمعنى المراقبة والترقب. وأما قوله الحديثان صحيحان ، فإن كان كذلك فالتأويل ظـــاهر وهو أن يراد بالرد والإبطال شرط الجاهلية وبالاجارة أن يكون ذلك تمليكاً مطلقاً ، ويدل عليه مـــا روى جابر أنه عليه‌السلام قال أمسكوا عليكم أموالكم لا تعمروها ، فمن أعمر شيئـاً فهي له . ألا ترى أنه عليه‌السلام نهى ثم أجاز على اختلاف العرضين ويبقى الاشتقاق على أصل أحدكما هو القياس مع سلامة المعنى ، انتهى .

قلت قول أبي يوسف رحمه الله أقوى وهو مذهب أحمد والثوري وذلك لأن حديث جابر رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال العمرى جائزة لأهلها، والرقبى جائزة لأهلها ، رواه أبو داود والنسائي وحسنه الترمذي . وأخرج النسائي أيضاً عن ضماح بن أرطأة عن أبي

ولأن معنى الرقبي عندهمـــا ان مت قبلك فهو لك ، واللفظ من المراقبة كأنـه يراقب موته ، وهـــذا تعليق التمليك بالخطر فبطـــل . وإذا لم تصح تكون عاريـة عندهما ، لأنـه يتضمن إطلاق الانتفاع به .

الزبير عن طاووس عن ابن عباس رضي الله عنهما مرفوعاً من أعمر عمرى فهي لمن أعمرها جائزة ، ومن أرقب رقبى فهي لمن أرقبها جائزة . وقال ابن المنذر وروينا عن علي رضي الله عنه أنه قال الرقبى والعمرى سواء . وقوله الاشتقاق من الرقبة مما لم يقله أحد فيـــه نظر ، لأنه لا يلزم في صحة الاشتقاق النص عليه من جهة أحد بل كل موضع يوجد فيه حد الاشتقاق وشرائطه تصح أن يقال هذا مشتق من ذلك ، وها هنـــا كذلك على ما لا يخفى .

(ولأن معنى الرقبى عندهما إن مت قبلك فهو لك واللفظ من المراقبة) يعني مشتق منها (كأنه يراقب موته ، وهذا تعليق التمليك بالخطر فبطل) أراد بالخطر موت المملك قبله (وإذا لم تصح) أي الرقبى (تكون عارية عندهما ، لأنه يتضمن إطلاق الانتفاع به) وذلك لأنه أطلق له الانتفاع. وحاصل اختلافهم راجع إلى تفسير الرقبى مع اتفاقهم أنها من المراقبة ، فحمل أبو يوسف هذا اللفظ على انه تمليك للحال ، والرجوع إلى الواهب منتظر فيكون كالعمرى . وقال المراقبة في نفس التمليك ، لأن معناه لآخرنا موتاً ، فكان هذا تعليقاً للتملك بالخطر ، وذا باطل . وفي الاسرار حمل أبو يوسف حديث بطلان الرقبى على أنه عليه السلام سئل عن الرقبة التي بمعنى المراقبة يعني راقب موتي إن مت قبلك فهي لك ، فعلى هذا الوجه لا يصح بالإتفاق ، وعلى الوجه الأول كالعمرة فيصح بالإتفاق .

* * *

فصل في الصدقة

قال والصدقة كالهبة لا تصح إلا بالقبض ، لأنه تبرع كالهبة فلا تجوز في مشاع يحتمل القسمة لما بينا في الهبة ولا رجوع في الصدقة لأن المقصود هو الثواب ، وقد حصل . وكذلك إذا تصدق على غني استحساناً لأنه قد يقصد بالصدقة على الغني الثواب وقد حصل .

(فصل في الصدقة)

لما شاركت الصدقة الهبة في الشروط وخالفتها في الحكم ذكرها في كتاب الهبة وفصل لها فصلاً .

(قال) أي القدوري (والصدقة كالهبة لا تصح إلا بالقبض) قال الأترازي لما روى أصحابنا في نسخ المبسوط عن ابن عباس رضي الله عنهما أنه قال لا تجوز الصدقة إلا مقبوضة ، وهذا الحديث حجة على الشافعي في تجويزه الصدقة بلا قبض . قلت للشافعي إما أن يقول هذا ليس ثابت ، ولئن ثبت فقول الصحابي ليس بحجة عندي (لأنه) أي لأن الصدقة والتذكير باعتبار التصدق (تبرع كالهبة فلا تجوز في مشاع يحتمل القسمة لما بينا في الهبة) أراد به قوله لأن تجويزه التزامه أشياء لم يلتزمه وهو القسمة (ولا رجوع في الصدقة لأن المقصود هو الثواب وقد حصل) أي المقصود ، فصارت كهبة عوض عنها .

فإن قلت حصول الثواب في الآخرة فضل من الله ليس بواجب ، فمن أين يقطع بحصوله . قلت يمكن أن يكون المراد حصول الوعد بالثواب .

(وكذلك إذا تصدق على غني) يعني يرجع (استحساناً ، لأنه قد يقصد بالصدقة على الغني الثواب وقد حصل) فان من له نصاب وله عيال كثيرة فالناس يتصدقون عليه على فعل الثواب ، وهذا يتأدى الزكاة بالتصدق عليه حالة الاشتباه ، ولا رجوع فيه بالاتفاق، فكذا عند العلم بحاله لا يثبت له حق الرجوع بالشك . وفي القياس ينبغي أن يرجع لأن الصدقة في حق الغني هبة ، وبه قال بعض أصحابنا لأنه إنما يقصد به العوض منه دون

وكذا إذا وهب لفقير لأن المقصود هو الثواب وقـــد حصل .
قال ومن نذر أن يتصدق بماله يتصدق بجنس ما يجب فيه الزكاة .
ومن نذر أن يتصدق بملكه لزمه أن يتصدق بالجميع .

الثواب ، فصارت الهبة فيه كالصدقة ، والهبـــة في حق الفقير سواء (وكذا إذا وهب لفقير) يعني لا يرجـع (لأن المقصود هو) من الهبـة الفقير (الثواب وقـــد حصل) المقصود .

(قال) أي القدوري (ومن نذر أن يتصدق بماله يتصدق بجنس ما يجب فيه الزكاة) اعتباراً لايجابه بايجاب الله فيتصدق بالنقدين وعروض التجارة والسوائم والغلة والثمرة العشرية ، ولا يتصدق بغير ذلك من الأموال لأنها ليست بأموال الزكاة . وقال زفر يجب إخراج الجميع لعموم اللفظ ، وبه قال أحمد في رواية . وقـــال الشعبي لا يلزمه شيء . وقال الشافعي ومالك وأحمد في رواية يجب إخراج الثلث كالوصية . وفي الروضة لو قال مالي صدقة أو في سبيل الله ففيه أوجه أحدها : وهو الأصح عند الغزالي وقطع القاضي حسين به أنه لغو لأنه لم يأت بصيغة الالزام. والثاني : أنه كما لو قال أن علي التصدق بمالي فيلزمه التصدق . والثالث : يصير ماله بهذا اللفظ صدقة .

وذكر في التتمة إن كان المفهوم من اللفظ في عرفهم معنى النذر أو نواه فهو لو قـــال علي أن أتصدق بمالي أو أنفقه في سبيل الله وإلا فلغو . وأما إذا قال إن كلمت فلانـــاً أو فعلت كذا فمالي صدقة فالذي قطع به الجمهور ونص عليه الشافعي أنه بمنزلة قوله فعلى أن التصدق بمالي أو بجميع مالي أن طريق الوفاء أن يتصدق بجميع ماله . وإذا قال في سبيل الله يتصدق بجميع ماله على الفقراء ، انتهى . وذكر في غيره انه إن علقه بشرط المنع كان يميناً فإذا حنث فعليه كفارة والله أعلم .

(ومن نذر أن يتصدق بملكه لزمه أن يتصدق بالجميع) أي بجميع ما يملكه ، لأن الملك أعم من المال لأنه قد يملك غير المال مثل القصاص والنكاح والخمر ، فوجب العمل لعمومه ، ولكن يحبس قدر ما ينفق على نفسه وعامليه إلى حين كسبه مـالاً آخر فيخرج مثله ولا يقدر بشيء لأن الناس يتفاوتون في ذلك باختلاف أحوالهم في النفقات (ويروى

ويروى أنه الأول سواء وقد ذكرنا الفرق ، ووجه الروايتين في مسائل القضاء ، ويقال له أمسك ما تنفقه على نفسك وعيالك إلى أن تكتسب مالاً فإذا اكتسب يتصدق بمثل ما أنفق وقد ذكرناه من قبل .

أنه) أي الملك (والأول) أي المال (سواء) لأن الملك عبارة عن الربط والشد والمال ما يصل إليه القلب فيكون في معنى الربط والشد فيتناسبان ، وهذه الرواية ورواية الحاكم الشهيد (وقد ذكرنا الفرق) أي بين المال والملك (ووجه الروايتين في مسائل القضاء) أي من هذا الكتاب في مسألة مالي صدقة على المساكين .

(ويقال له) أي الناذر يتصدق بملكه (أمسك ما تنفقه على نفسك وعيالك إلى أن تكتسب مالاً ، فإذا اكتسب يتصدق بمثل ما أنفق ، وقد ذكرناه من قبل) أي في كتاب القضاء في باب القضاء بالمواريث . وفي الغاية ثم إنه يمسك قوته في قوله جميع ما أملك صدقة لأنه لا بد له منه ، ولكن لم يبين محمد في المبسوط والجامع الصغير مقدار ما يمسك من القوت ، فقال مشايخنا إن كان دهقاناً يمسك قوت سنة ،لان القوت لدهقان تتجدد ، كل سنة وإن كان تاجراً يمسك قوت شهر ، لأن التجارة للتاجر لا تنفق كل حين ، وإنما ينفق في بعض الأحايين ، فقدرنا بالشهر وإن كان محترماً يمسك قوت يومه لأنه يتجدد له قوت كل يوم ، ثم إذا وجد شيئاً يتصدق بمقدار ما أمسك للقوت ، لأنه استهلك قدر القوت في المال الذي لزمه التصدق به ، فصار ضامناً لمثله .

فروع . وفي الفتاوى الكبرى إذا تصدق عن الميت أو ادعى له يصل ثواب ذلك إلى الميت ، وبه قال أحمد . وقال الشافعي لا يلحق الميت ما يفعله عنه من صدقة يتصدق بها له ، أو دعاء يدعى اه ، أو قراءة قرآن إذا قال لله علي أن أتصدق بهذا الدرهم ولم يتصدق حتى هلك في يده فلا شيء عليه كذا في الذخيرة .

رجل أخرج الخبز إلى المسكين فلم يجده فهو بالخيار إن شاء أدى إلى مسكين آخر ، وإن شاء لم يؤد لأنه لم يخرج عن ملكه ، كذا في التجنيس . رجل تصدق على ابنه الصغير بدار والأب ساكنها قال أبو حنيفة رحمه الله لا يجوز . وقال أبو يوسف يجوز وعليه الفتوى ، كذا في النوازل . ولو قال داري في المساكين صدقة فعليه أن يتصدق بها ، وإن تصدق بقيمتها أجزأه ، كذا في الإختيار .

كتاب الاجارات

(كتاب الإجارات)

وجه المناسبة بين الكتابين اشتمالهما على معنى التمليك ، ولكن لما كانت الهبة تمليك العين قدمها على الإجارات التي هي تمليك المنفعة ، والعين مقدم . وهو جمع إجارة على فعالة بالكسر اسم للأجر بمعنى الأجرة من أجره إذا أعطاه أجره من باب فعل يفعل بالفتح في الماضي والضم في الغابر ، ولا يمنع أن يكون مصدراً منه ، كما تقول كتب يكتب كتابة . وهذه المادة تستعمل لمعاني التعويض ، تقول أجره الله يأجره ويأجره وهو يأتي من بابين من باب طلب يطلب ، ومن باب ضرب يضرب . ومنه الأجر وهو الثواب ، لأن الله تعالى يعوض العبد به . ويقال لمهر المرأة أجر لأنه عوض من بضعها ، قال الله تعالى ﴿ آتيت أجورهن ﴾ أي مهورهن . والبرء أجر العظم يأجر ويأجر أجراً وأجوراً أي برأ على عثم . وهو أيضاً من البابين المذكورين والجبر ، تقول أجر الله يداي جبرها على عثم ، وهو انجبار العظم المكسور على استواء . وإعطاء الأجرة تقول أجرة إذا أعطاه أجرته كما ذكرنا . وإذا أردت أن تنقله إلى باب الأفعال تقول آجر بالمد ، لأن أصله أأجر بهمزتين إحداهما فاء الفعل والأخرى همزة الفعل ، والقاعدة أن الهمزتين إذا اجتمعتا وثانيهما ساكنة تليين ، فانقلب للتخفيف ، والمصدر منه إيجار فاسم الفاعل من الأول آجر ، ومن الثاني مؤجر .

قال صاحب العين آجرت مملوكي أوجره إيجاراً فهو مؤجر وفي الأساس أجرني داره فاستأجرتها وهو مؤجر ، ولا يقال مؤاجر فإنه خطأ وقبيح ، أما الخطأ فظاهر وهو انه من مهموز أفعل . وأما قوله معتل فاعل والقبح أنه استعمل في موضع قبيح . قلت تحرير الخطأ فيه انه اسم الفاعل من أفعل لا يأتي إلا على وزن مفعل كاكرم على مكرم ،

الإجارة عقد يرد على المنافع بعوض، لأن الإجارة في اللغة بيع المنافع
والقياس يأبى جوازه ،

وكذلك آجر بالمد على وزن أفعل واسم الفاعل منه مؤجر ، وأصله مأجـر بضم الميم وسكون الهمزة ، ولكن ليست الهمزة بجنس . وقوله ما قبلها وهي الواو فقيل مؤجـر للتخفيف . وأما مؤاجر فإنه اسم الفاعل من واجر كواعد على مواعد ، وهـذا بناء على لغة العامة فإنهم يقولون واجرته الدار موضع آجرته إذا أكريتها ، فعلى هذا الخطـأ في إبدالهم الواو من الهمزة التي في أول الكلمة لا في قولهم مؤاجر ، لأنه مبني على القاعدة ، لأن اسم الفاعل من فاعل يأتي على مفاعل .

قال صاحب العنان رحمه الله تقول أجرته الدار أي أكريتها ، والعامة تقول واجرتها والقائل يقول كما يجوز قلب أحد الواوين همزة إذا اجتمعتا في أول الكلمة التحقيق كما في أواقي فإن أصله واقى جمع واقته فكذلك يجوز قلـب إحدى الهمزتين واو بإذا اجتمعتا في أول الكلمة للتخفيف على أن الثقالة في اجتـماع الهمزتين أكثر من الثقالة في اجتماع الواوين . وأما القبح الذي ذكروا فيه فهو أن العامة استعملوه في مواضع السبـب والتعبير ، ولهذا ذكر في باب التعزير من جملة ألفاظ التعزير وفسروه بأنه هو الذي يؤجر أهله للزنا ، ثم هل تجيب هذه اللغة تعزيز ، فإن كان المسبوب شريفاً أو فقيهـاً يعزر وإن كان غيرها لا .

(الإجارة عقد يرد على المنافع بعوض) هذا تفسير الإجارة بالمعنى الشرعي ، وإنما قدمه على المعنى اللغوي لأن اللغوي هو الشرعي بلا مخالفة ، وهو في بيـان شرعيتها . فالشرعي أولى بالتقديم . وقال الاترازي وينبغي أن يقال عقد على منفعة معلومة بعـوض معلوم إلى مدة معلومة حتى يخرج النكاح ، لأن التوقيت يعطله ، أو يقال عقد على منفعـة معلومة لا لاستباحة البضع بعوض معلوم . قلت زيادة لفظة الإستباحة تتعـين في تفسير النكاح لا في تفسير الإجارة (لأن الإجارة في اللغة بيـع المنافع) قيل فيه نظـر ، لأن الإجارة اسم للأجرة وهي ما أعطت من كرى الأجير كما صرح به الشراح . قلت قـد بينت لك عن قريب أن الإجارة تجوز أن يكون مصدر فيستقيم الكلام (والقياس يأبى

لأن المعقود عليه المنفعة وهي معدومة ، وإضافة التمليك إلى ما سيوجد لا يصح

جوازه) أي جواز عقد الإجارة (لأن المعقود عليه المنفعة وهي معدومة) حالة العقد .

(وإضافة التمليك إلى ما سيوجد لا يصح) لأن المعاوضات لا تحتمل الإضافة كالبيع، قيل في كون القياس يأتي جوازه نظر ، ولم يذكر على ذلك دليلاً إلا أن إضافة التمليك إلى ما سيوجد لا يصح ، وهذا الذي جعله دليلاً يحتاج إلى دليل ، وما سيوجد نوعان منافع وأحيان ، وقياس أحدهما على الآخر فاسد لوجود الفارق بينهما ، فإن المعنى الجامع بينهما وهو كون كل منهما يعارضه المعنى الفارق وهو أقوى منه ، وهو أن هذا معدوم يمكن تأخير بيعه إلى زمن وجوده بخلاف المعدوم الآخر . وقد أجرى الله العادة بحدوث هذه المنافع ، فصارت متحققة الوجود ، فالحاق المعدوم المتحقق الوجود بالموجود أظهر من إلحاقه بالمعدوم المظنون الوجود أو ما لوجوده غاية يمكن تأخير العقد إلى أن يوجد ، فانما لوجوده حال وجود وعدم في بيعه حال العدم مخاطرة وقمار ، وبذلك علل النبي ﷺ المنع حيث قال أرأيت إن منع الله الثمرة فهل يأخذ أحدكم مال أخيه بغير حق . وأما ليس له إلاحالة واحدة، والغالب فيه السلامة فليس العقد عليه مخاطرة ولا إحالة إن كان فيه مخاطرة يسيرة ، فالحاجة داعية إليه .

قلت لا نسلم فساد القياس المذكور ولا معاوضة المعنى الفارق للمعنى في الجامع ، وكيف تكون هذه المنافع متحققة الوجود بجريان العادة بحدوثها وهي إعراض لا يبقى زمانين فتكون معدومة بهذا الإعتبار ، وبيع المعدوم لا يجوز ولصحة القياس المذكور . وقال شمس الأئمة السرخسي رحمه الله قيام العين المنتفع بها مقام المنفعة في حق إضافة العقد إليها ليترتب القبول على الايجاب كقيام الذمة التي هي محل المسلم فيه مقام المعقود عليه في جواز السلم ، وتنعقد ساعة فساعة على حسب حدوث المنفعة ليقترن الانعقاد بالاستيفاء فيستحق بهذه الطريق التمكن من الاستيفاء المعقود عليه .

وقد قيل في وجه إباء القياس جوازه أن موجب العقد التسليم في الحال ، وليس

إلا أنا جوزناه لحاجة الناس إليه وقد شهدت بصحتها الآثار وهي قوله عليه السلام أعطوا الأجير أجره قبل أن يجف عرقه ،

الاجارة ذلك وفيه نظر ، لأن موجب العقد إما أن يكون ما أوجبه الشارع بالعقد أو ما أوجبه العاقدان مما يسوغ لهما أن يوجباه ، وكلاهما متفق في هذه الدعوى ، أما الأول فظاهر ، وأما الثاني فكذلك لأنهما تارة يعقدان على الوجه المذكور ، وتارة يشترطان التأخير . إما في الثمن وإما في السلم ، وقد يكون للبائع غرض صحيح ، ومصلحة في تأخير تسليم المبيع كما كان لجابر رضي الله عنه غرض صحيح في تأخير تسليم بعيره إلى المدينة .

واتفق العلماء على جواز تأخير التسليم إذا كان العرف يقتضيه ، كما إذا باع مخزناً له فيه متاع كثير لا ينقل في يوم ولا أيام فلا يجب عليه جمع دواب البلد ونقله ساعة واحدة ، بل قالوا هذا يستثنى بالعرف ، وكذلك من اشترى ثمرة بدا صلاحها ليس عليه أن يجمع القطافين في أوان واحد لقطفها جملة واحدة، وإنما يقطفها كما جرت به العادة.

(إلا أنا جوزناه) أي عقد الاجارة (لحاجة الناس إليه) قد يحتاج إلى منافع الأعيان لاقامة المصالح ، ولا يجد الثمن ليشتري العين ، وصاحب الأعيان قد يحتاج إلى الدراهم ولا يتهيأ له البيع ، والفقير يحتاج إلى المال والغني إلى الأعمال . فلو لم تجز الاجارة لضاق الامر على الناس ، ولهذا يترك القياس كما جاز السلم لحاجة المفاليس (وقد شهدت بصحتها الآثار) وهو جمع أثر بفتحتين ، وهو اسم للخبر الذي ترويه عن غيرك . ومنه عن قولهم حديث مأثور ، أي نقله الخلف عن السلف وأصله من أثر الحديث آثره أثراً إذا ذكرته عن غيرك . وفي الاصطلاح يطلق على السنة المروية عن النبي ﷺ قولاً وفعلاً ، وعلى الأخبار المروية من الصحابة « رض » (وهي قوله عليه السلام أعطوا الاجير أجره قبل أن يجف عرقه) التذكير في الضمير باعتبار ما بعده وهو قوله عليه الصلاة والسلام .

والحديث رواه عبد الله بن عمر وأبو هريرة وجابر وأنس رضي الله عنهم . أما حديث ابن عمر فأخرجه ابن ماجة في سننه في كتاب الاحكام في باب أجر الاجير عن عبد الرحمن بن زيد بن أسلم عن أبيه عن ابن عمر قال : قال رسول الله ﷺ أعطوا الاجير أجره قبل أن يجف عرقه .

وقوله عليه السلام من استأجر أجيراً فليعلمه أجره .

وأما حديث أبي هريرة فأخرجه أبو يعلى الموصلي في مسنده حدثنا اسحق بن اسرائيل حدثنا عبد الله بن جعفر أخبرني سهل بن أبي صالح عن أبيه عن أبي هريرة مرفوعاً نحوه سواه .

وأما حديث جابر فأخرجه الطبراني في معجمه الصغير حدثنا أحمد بن محمد بن الصلت البغدادي بمصر حدثنا محمد بن زياد الكلبي حدثنا شرقي بن القطان عن أبي الزبير عن جابر قال : قال رسول الله ﷺ فذكره ، وقال تفرد به محمد بن زياد .

وأما حديث أنس فأخرجه أبو عبد الله الترمذي الحكيم في كتاب نوادر الاصول في الاصل الثاني حدثنا موسى بن عبد الله بن سعيد الازدي حدثنا محمد بن زياد الكلبي عن بشر بن حسين الهلالي عن الزبير بن عدي عن أنس بن مالك مرفوعاً نحوه سواه . وأخرجه أبو أحمد بن زنجويه النسائي في كتاب الاموال مرسلاً قال حدثنا مسلم بن ابراهيم حدثنا عثمان بن عثمان الغطفاني عن زيد بن أسلم عن عطاء بن يسار أن النبي ﷺ قال أعطوا الاجير أجره ... إلى آخره .

وقد أعلوا حديث ابن عمر بن عبد الرحمن بن زيد وحديث أبي هريرة بعبد الله بن جعفر وعبد الله ، هذا هو والد علي بن المديني « رح » وليس بشيء في الحديث . وحديث جابر « رض » بشرقي بن القطان وهو منكر الحديث ، ولكن معنى الحديث في الصحيح أخرجه البخاري عن المقبري عن أبي هريرة رضي الله عنه قال قال رسول الله ﷺ ثلاثة أنا خصمهم يوم القيامة رجل أعطى بي ثم غدر ، ورجل باع حراً فأكل ثمنه ، ورجل استأجر أجيراً فاستوفى منه ولم يعطه أجره .

(وقوله عليه السلام من استأجر أجيراً فليعلمه أجره) هذا الحديث أخرجه عبد الرزاق في مصنفه في البيوع حدثنا معمر والثوري عن حماد عن إبراهيم عن أبي هريرة وأبي سعيد الخدري رضي الله عنهما أو أحدهما أن النبي عليه السلام قال من استأجر أجيراً فليسم له أجرته . قال عبد الرزاق فقلت للثوري يوماً سمعت حماداً يحدث عن ابراهيم عن أبي سعيد أن النبي عليه السلام قال من استأجر أجيراً فليسم له أجرته ، قال نعم وحدث به مرة أخرى فلم يبلغ به النبي عليه السلام .

ورواه الكرخي في مختصره حدثنا الحضرمي قال حدثنا محمد بن العلاء قال حدثنا يزيد بن الحباب عن سفيان عن حماد بن ابراهيم عن أبي هريرة عن أبي سعيد الخدري قال، قال رسول الله ﷺ من استأجر أجيراً فليعلمه أجره. ورواه محمد بن الحسن في كتاب الآثار أخبرنا أبو حنيفة رحمه الله عن حماد بن الحسن «رح» في كتاب الآثار أخبرنا أبو حنيفة رحمه الله عن حماد بن أبي سليمان عن ابراهيم النخعي عن أبي سعيد الخدري وأبي هريرة عن النبي عليه السلام قال من استأجر أجيراً فليعلمه أجره.

وعن عبد الرزاق رواه اسحاق بن راهويه في مسنده فقال أخبرنا عبد الرزاق حدثنا معمر عن حماد عن ابراهيم عن الخدري عن رسول الله ﷺ قال من استأجر أجيراً فليبين له أجرته. وقال عبد الحق في أحكامه إبراهيم لم يدرك أبا سعيد. ورواه ابن أبي شيبة في مصنفه موقوفاً عن الخدري وأبي هريرة فقال حدثنا وكيع عن سفيان عن حماد عن ابراهيم عن أبي هريرة وأبي سعيد قال من استأجر أجيراً فلم يعلمه أجره قال ابن أبي حاتم في كتاب العلل سألت أبا زرعة عن هذا الحديث فقال الصحيح أنه موقوف.

ثم المصنف لم يذكر إلا هذين الحديثين أحدهما معلول والآخر موقوف، وفيها أحاديث صحيحة منها حديث أبي هريرة الذي أخرجه البخاري وقد ذكرناه آنفاً. ومنها آخر أخرجه البخاري عن أبي هريرة عن النبي عليه السلام قال ما بعث الله نبياً إلا رعى الغنم، فقال أصحابه وأنت يا رسول الله، قال نعم كنت أرعاها على قراريط لاهل مكة. ومنها آخر أخرجه البخاري عن عائشة رضي الله عنها قالت استأجر رسول الله ﷺ وأبو بكر رجلا من الديل حادياً خريتاً، وهو على دين كفار قريش، فدفعا إليه راحلتيهما، ووعداه غار ثور بعد ثلاث ليال براحلتيهما صبح ثلاث. ومنها آخر أخرجه ابن حبان في صحيحه عن شريك[1] بن قيس قال جلبت أنا ومخرمة العبدي بزاً من هجر، فأتانا رسول الله ﷺ فساومنا سراويل، وعنده وزان يزن بالاجر، فقال له رسول الله ﷺ زن وارجح.

---

(١) إنما هو سويد بن قيس، كما جاء في كتاب نصب الراية من الجزء الرابع. اه مصححه.

وينعقد ساعة فساعه على حسب حدوث المنفعة ، والدار أقيمت مقام المنفعة في حق إضافة العقد إليها ليرتبط الإيجاب بالقبول ثم عمله يظهر في حق المنفعة تملكـا واستحقاقاً حال وجود المنفعة

(وينعقد ساعة فساعة على حسب حدوث المنفعة) أي تنعقد الإجارة ساعة بعد ساعة على حسب حدوث المنافع ، لأن ما هي المعقودة عليها فالملك في البدلين أيضاً يقع ساعة فساعة على حسب حدوثها فكذا في بدلها وهو الأجرة . وعندنا محل العقد المنافع والعين جعلت جلفاً عنها في حق إضافة العقد ، وبه قال مالك وأحمد وأكثر أصحاب الشافعي وأكثر أهل العلم . وقال بعض أصحاب الشافعي محل العقد العين لأنها الموجودة ، والعقد يضاف إليهـا ثم عند الثلاثة يجعل العين المعدومة كالموجودة حكماً ضرورة تصحيح العقد .

ويبتنى على هذا مسائل منها الاجرة تملك بنفس العقد عند الشافعي وأحمد ، وعندنا لا تملك إلا بأحد معان ثلاث ، أما شرط التعجيل من غير شرط أو استيفاء المعقود عليه . وفي العيون أو بالتمكن من الاستيفاء . وقال مالك تملك الأجرة لا يكون إلا بالإستيفاء فقط . ومنها إذا مات أحد المتعاقدين لم يبطل العقد عند الثلاثة . ومنهـا يجوز عندهم إجارة سكن دار بسكنى دار أخرى . ومنهـا إذا أجر عبداً ثم اعتقه بقي العقد عندهم .

(والدار أقيمت مقام المنفعة) هذا جواب عن سؤال مقدر تقديره أن يقال إذا كان انعقاد الإجارة ساعة فساعة على حسب حدوث المنفعة وجب أن يصح رجوع المستأجر في الساعة الثانية قبل أن ينعقد العقد فيها . وإذا استأجر شهراً مثلاً ليس له أن يمتنع بـلا عذر . وتقرير الجواب أن الدار أقيمت مقام المنفعة (في حق إضافة العقد إليها ليرتبط الإيجاب بالقبول) إلزاماً للعقد في المقدار المعين (ثم يظهر عمله) أي عمل العقد وهو أثره (في حق المنفعة تملكاً واستحقاقاً حال وجود المنفعة) أراد أن حكم اللفظ يتراخى إلى حين وجود المنفعة من حيث الملك والاستحقاق فيثبتان معاً حال وجود المنفعة ، بخلاف

ولا يصح حتى تكون المنافع معلومة والأجرة معلومة لما روينا ، ولأن الجهالة في المعقود عليه وفي بدله تفضي إلى المنازعة كجهالة الثمن والمثمن في البيع. وما جاز أن يكون ثمناً في البيع جاز أن يكون أجرة في الإجارة

بيع العين فإن الملك في البيع يثبت في الحال ويتأخر الاستحقاق إلى زمان نقد الثمن .

فإن قلت ما الفائدة في قوله استحقاقاً ، قلت بينهما مغايرة فلذلك ذكره ، لان الاستحقاق لا يكون الا بعد ثبوت الملك ،ولكن في البيع يتأخر كما ذكرنا، بخلاف الملك وأما في الإجارة فمن ضرورة تأخر الملك يتأخر الاستحقاق ، وهذا بعد الاستيفاءلايمكن القول بتراخي الاستحقاق فافهم ، وإنما ذكر قوله يرتبط الإيجاب بالقبول لأنها عقد ومما من أركان العقود ، ويجب أن يكونا بلفظين يعبران عن الماضي نحو أن يقول أحدهما أجرت ، ويقول الآخر قبلت ، ولا ينعقد إذا كان أحدهما ماضياً والآخر مستقبلا كما في البيع ، وينعقد بلفظ الإعارة حتى لو قال أعرتك هذه الدار شهراً بكذا وقال كل شهر بكذا صحت ، وحتى لو قال وهبتك منافع هذه الدار شهراً بكذا أو ملكت منافعها بكذا وينعقد بالتعاطي أيضاً . وقال شيخ الإسلام ينعقد بلفظ المبيع ويجوز استعارةلفظ البيع لتمليك المنفعة مجازاً ، وبه قال الشافعي وأحمد . وعن أحمد لا ينعقد بلفظ البيع كقولنا وينعقد بلفظ الكراء ونحوه .

(ولا يصح حتى تكون المنافع معلومة) أي لا يصح عقد الإجارة حتى تكون المنافع معلومة (والأجرة معلومة) وهذان لا خلاف فيهما (لما روينا) أشار به إلى قوله عليه السلام من استأجر أجيراً فليعلمه أجره فالحديث دل بعبارته على اشتراط إعلام الأجرة وبدلالته على اشتراط إعلام المنافع لأن اشتراط إعلامها لقطع المنازعة فالمنفعة تشاركهافي المعنى (ولأن الجهالة في المعقود عليه ، وفي بدله تفضي إلى المنازعة كجهالة الثمن والمثمن في البيع) لأن شرعية المعاوضات لقطع المنازعات والجهالة فيهما مفضية اليها .

(وما جاز ان يكون ثمناً في البيع) كالنقود والمكيل والموزون (جاز أن يكون أجرة في الإجارة) إلى هنا لفظ القدوري قال الشيخ أبو نصر البغدادي في شرحه وهذا

لأن الأجرة ثمن المنفعة فيعتبر بثمن المبيع وما لا يصلح ثمناً يصلح أجرة أيضاً كالأعيان ،

الذي ذكر ليس على وجه الحد ، وإنه لا يجوز غيره يبين ذلك ان الأعيان لا تكون أثماناً وتكون أجرة ، وإنما ذكر ذلك لأنه هو الغالب ، وقال الاترازي يعني ما ذكره القدوري مطرد وليس ينعكس واراد بالأعيان ما لم يكن مثلياً كالحيوان ، ثم الحيوان إنما يصلح أجرة إذا كان معيناً وإلا فلا .

وقال الكرخي في مختصره في الفرق بين المبيع والثمن ما يتعين في العقد فهو مبيع وما لم يتعين فهو ثمن ، إلا أن يقع عليه لفظة البيع . قال الفراء الثمن ما كان في الذمة فالدراهم والدنانير أثمان أبداً لا يتعين بالعقد على أصول أصحابنا ، فإنما يثبت في الذمة ، والأعيان التي ليست من ذوات الأمثال ببيعه أبداً ، والمكيلات والموزونات والعدديات المتقاربة بين مبيع وثمن ، فان كانت معينة فهي مبيعة أيضاً ، وإن كانت غير متعينة فان استعملت استعمال الأثمان فهي ثمن نحو أن يقول اشتريت منك هذا العبد بكذا وكذا حنطة ونصف . وإن استعملت استعمال المبيع كان سلماً نحو أن يقول اشتريت منك كذا حنطة بهذا العبد فلا يصح العقد إلا بطريق السلم والفلوس بمنزلة الدراهم والدنانير في أنها لا تتعين بالتعيين كذا ذكره الشيخ أبو الفضل الكرماني في الايضاح .

(لأن الأجرة ثمن المنفعة فيعتبر بثمن المبيع) أن الإجارة بيع المنفعة والأجرة ثمنها فيعتبر بالمبيع (وما لا يصلح ثمناً يصلح أجرة أيضاً كالأعيان) التي ليست من ذوات الامثال كالحيوانات والعدديات المتفاوتة فإنها لا تصح ثمناً أصلا لما مر في البيوع أن الاصول ثلاثة ثمن محض كالدراهم ، ومبيع محض كالأعيان التي ليست من ذوات الأمثال ، وما كان بينهما كالمكيلات والموزونات ثم الأعيان إنما تصح أجرة إذا كانت معينة كما إذا استأجر داراً بثوب معين ، وإن كان لا يصلح ثمناً قيل فيه نظر ، فإن المقايضة بيع وليس فيها أعيان الجانبين ، فلو لم يصح العين ثمناً كانت بيعاً بلا ثمن وهو باطل . ويمكن أن يجاب عنه بأن النظر على المثال ليس من دواب المناظرين ، فاذا كان الأصل صحيحاً جاز أن يمثل بمثال آخر كالتمثيل بالمنفعة فانها تصح أجرة إذا اختلفت جنس المنافع كما إذا

فهذا اللفظ لا ينفي صلاحية غيره لأنه عوض مالي ، والمنافع تارة تصير معلومة بالمدة كاستئجار الدور للسكنى والارضين للزراعة فيصح العقد على مدة معلومة ، أي مدة كانت

استأجر سكنى دار بركوب دابة ولا يصلح ثمناً أصلا .

(فهذا اللفظ) أشار به إلى قوله ما جاز أن يكون ثمناً في البيع ... إلى آخره ، وهذا لفظ القدوري (لا ينفي صلاحية غيره) أي غير الثمن (لأنه) أى لأن الأجرة والتذكير على تأويل الأجرة (عوض مالي) فيعتمد وجود المال والأعيان والمنافع أموال مجاز أن يقع أجرة ، وبه قال الثلاثة « رح » حتى قالوا يجوز إجارة سكنى داربسكنى دار ، لأن السكنى يجوز أن يكون ثمناً فيجوز أن يكون أجرة وكره الثوري الإجارة بطعام موصوف في الذمة ، ثم الأجرة إن كانت من النقود يشترط بيان جنسها وصفتها بانها جيدة أو وسط أو رديئة ، وإن كانت مكيلا أو موزوناً أو عددياً متقارباً يشترط فيها بيان القدر والصفة ، ويحتاج إلى بيان مكان الإيفاء إذا كان له حمل ومؤنة عند أبي حنيفة « رح » خلافاً لهما والثلاثة ، وإن كان عرضاً أو ثوباً يشترط فيه شرائط السلم ، وفي هذا كله إذا كانت الأجرة حيواناً لا يجوز إلا إذا كان عيناًفاعلامه بالإشارة لأنها أبلغ اسباب التعريف ، وان كانت الأجرة حيواناً لا يجوز إلا إذا كان عيناً لعدم ثبوت الحيوان في الذمة بدلاً عما هو مال .

(والمنافع تارة تصير معلومة بالمدة كاستئجار الدور للسكنى والأرضين للزراعة فيصح العقد على مدة معلومة أي مدة كانت) هذا لفظ القدوري ، وبه قال كافة أهل العلم إلا أن الأصحاب اختلفوا في مذهبه ، فمنهم من قال له قولان ، أحدهما كقول سائر أهل العلم وهو الصحيح . والثاني لا يجوز اكثر من سنة لأن جواز الحاجة ولا حاجة في أكثر من السنة ، ومنهم من قال قول ثالث أنها لا تجوز أكثر من ثلاث سنين ، لأن الغالب أن الأعيان لا تبقى اكثر منها وتتغير الاسعار والأجر . قلنا هذا مخالف لقوله تعالى ﴿ على أن تأجرني

لان المدة إذا كانت معلومة كان قدر المنفعة فيها معلوماً إذا كانت المنفعة لا تتفـاوت ، وقوله أي مدة كانت إشارة إلى أنه يجوز طالت المدة أو قصرت لكونهـا معلومة ، ولتحقق الحاجة إليها عسى ، إلا أن في الاوقاف لا يجوز الإجارة الطويلة كيلا يدعي المستأجر ملكها وهي ما زاد على ثلاث سنين وهو المختار ،

ثماني حجج ﴾ ٢٧ القصص ، وشرع من قبلنا شرع لنا ما لم يقم دليل على نسخه .

(لأن المدة إذا كانت معلومة كان قدر المنفعة فيها معلوماً إذا كانت المنفعة لاتتفاوت) احترز بهذا عن استئجار الأرض للزراعة إلى مدة معلومة ، حتى لا يصح أن يسمى ما يزرع فيها على ما يجيء .

(وقوله) أي قول القدوري (أي مدة كانت إشارة إلى انه يجوز طالت المدة أو قصرت لكونها معلومة) وفي الذخيرة ولو وقتا مدة الإجارة وقتاً لا يعيش إليها أحدهما قبل المدة لا يصح ، به أفتى القاضي أبو عاصم العـامري ، لأن الغالب كالمتيقن في حق الأحكام فكانت الإجارة مؤبدة ، والتأبيد يبطل الإجارة . وقال الخصاف يجوز لأن العبرة للفظ فانه يقتضي التوقيت ولا عبرة بموت أحدهما قبل انتهاء المدة ، لأن ذلك عسى يوجد وعسى لا يوجد كما لو زوج امرأة إلى مائة سنة فانه توقيت لاتأبيد حتى يكون متعة وإن كانت المدة لا يعيش إليها غالباً ، وجعل نكاحاً موقوفاً اعتباراً للفظ .

(ولتحقيق الحاجة اليها عسى) أي إلى المدة الطويلة وعسى هاهنا وقعت مجرداً عن الاسم والخبر تقديره عسى الاحتياج إلى المدة الطويلة يتحقق الاحتياج ، وأهـل العربية يأتون بذلك (إلا أن في الاوقاف) استثناء من قوله أي مدة كانت (لا يجوز الإجارة الطويلة كيلا يدعي المستأجر ملكها) أي ملك العين المستأجرة (وهي) أي الإجـارة الطويلة في الأوقاف (ما زاد على ثلاث سنين وهو المختار) أي المختار في المذهب أن لا يزيد على ثلاث سنين وهو اختيار مشايخ بلخ . وقال غيرهم يجوز وبه قال أكثر أهـل العلم ،

قال وتارة تصير معلومة بنفسه كمن استأجر رجلاً على صبغ ثوبه أو خياطة، أو استأجر دابة ليحمل عليها مقداراً معلوماً أو يركبها مسافة سماها لانه إذا بين الثوب ولون الصبغ وقدره، وجنس الخياطة والقدر المحمول وجنسه والمسافة صارت المنفعة معلومة فصح العقد. وربما يقال

ولكن يرفع الى الحاكم حتى يبطله، وبه أفتى الفقيه أبو الليث، كذا في التتمة. هذا إذا لم يشترط الواقف أن لا يؤجر اكثر من سنة، وأما إذا شرط فليس لمتولي الوقف أن يزيد على ذلك، فان كانت مصلحة الوقف تقتضي ذلك يرفع إلى الحاكم حتى يحكم بجوازها وفي شرح حبل الخصاف قال بعض مشايخنا يجوز الإجارة الطويلة على الأوقاف أن يعقدوا عقوداً متفرقة كل عقد على سنة فيكتب في الصك كذلك فيكون العقد الأول لازماً، والثاني غير لازم لانه مضاف.

(قال) أي القدوري (وتارة تصير) أي المنافع (معلومة بنفسه) أي بنفس العقد (كمن استأجر رجلا على صبغ ثوبه او خياطة او استأجر دابة ليحمل عليها مقداراً معلوما أو يركبها مسافة سماها لانه إذا بين الثوب) بأنه قطن او كتان او صوف او حرير لانه متعارف في الصبغ والخياطة (ولون الصبغ) بأنه احمر او اصفر ونحوهما (وقدره) اى قدر الصبغ بأن يلقيه في حب الصبغ مرة او مرتين (وجنس الخياطة) بأنها فارسية أو رومية (والقدر المحمول) على الدابة بأنه قنطاران (وجنسه) أي جنس المحمول بأنه حنطة أو شعير أو علف (والمسافة) بأنه يوم أو يومان (صارت المنفعة معلومة فصح العقد) لارتفاع الجهالة المفضية إلى النزاع.

(وربما يقال) إشارة إلى تخريج بعض المشايخ منهم القاضي أبو زيد فانه ذكر في الاسرار أن الاجارة نوعان بيع منفعة بجنسه وهو إجارة الدار ونحوها وبيع العمل المسمى المعلوم، وانه يجوز من غير ذكر الوقت، وانه أنواع ثلاثة: بيع عمل محض

الإجارة قد يكون عقداً على العمل كاستئجار القصار والخياط ، ولا بــد أن يكون العمل معلوماً وذلك في الاجير المشترك . وقد يكون عقداً على المنفعة كما في أجير الواحد ولا بد من

كالخياطة ونحوها . وبيع عمل مع عين المال كالصناعة بصبغ الصباغ والاستصناع وهو طلب صناعة في العين ، وقد أشار إلى بعض ذلك .

وقال صاحب التحفة الاجارة نوعان ، إجارة على المنافع ، وإجارة على الاعمــال ، ولكل نوع شروط وأحكام . أما الاجارة على المنــافع فكإجارة الدور والمنــازل والحوانيت والصناع وعبيد الخدمة ، والدواب للركوب والحمل ، والثياب والحلي البسر ، والاواني للإستعمال والعقد في ذلك كله جائز . وشرط جوازه أن تكون العين المستأجرة معلومــة ، والاجرة معلومة ، والمدة معلومة بيوم أو شهر أو سنــة لانــه عقد معاوضة كالبيــع وإعلام المبيع ، والثمن شرط في البيع ، فكذلك هاهنا . إلا أن المعقود عليه ها هنا هو المنافع فلا بد من إعلامهــا بالمدة والعين الذي عقد عليه الاجارة على منافعه .

وأما الإجارة على الأعمال فكإستئجار الإسكاف والقصار والصباغ وسائر من يشترط عليه العمل في سائر الإحمال من حمل الأشياء من موضع ونحوه ، وأحكام هــذا مذكورة في الكتاب أشار إليه بقوله (الإجارة قد يكون عقداً على العمل كاستئجار الخيــاط والقصار ، ولا بد أن يكون العمل معلوماً وذلك) كالخياطة الفارسية والرومية والقصارة مع النشاء أو بدونه (في الأجير المشترك) أي كون العقد عمل العمل في الأجير المشترك (وقد يكون عقداً على المنفعة) كاستئجار الرجل يوماً أو شهراً للعمل (كما في أجير الواحد) بالإضافة . وفي بعض النسخ بالأجير الواحد والأول أصح ، لأنه ذكر في المغرب أجير الواحد على الإضافة أي أجير المستأجر الواحد بخلاف أجير المشترك ، وفي معنــاه الأجير الخاص ولو حرك الخاص لأنه يقال رجل وحد أي واحد (ولا بد من بيان الوقت) أي المدة .

بيان الوقت قال وتارة تصير المنفعة معلومة بالتعيين والإشارة كمن استأجر رجلاً بأن ينقل لـه هذا الطعام إلى موضع معلوم، لانه إذا أراه ما ينقله والموضع الذى يحمـــل إليه كانت المنفعة معلومة فيصح العقـد .

(قال) أي القدوري (وتارة تصير المنفعة) أي المنافع (معلومة بالتعيين ،والإشارة كمن استأجر رجلا لينقل له هذا الطعام إلى موضع معلوم لأنه) أي لأن الرجل المستأجر (إذا أراه ما ينقله والموضع الذي يحمل إليه كانت المنفعة معلومة فيصح العقد)بدون ذكر المدة ، والله أعلم بالصواب .

* * *

باب الأجير متى يستحق

قال الاجرة لا تجب بالعقد

(باب الأجير متى يستحق)

لما كانت الإجارة موقوفة على إعلام الأجرة احتاج إلى بيان وقت وجوبها ولو بوب له باباً .

(قال) أي القدوري « رح » (والأجرة لا تجب بالعقد) أي بنفس العقد ، قال تاج الشريعة أراد وجوب الأداء . أما نفس الوجوب فثبت بنفس العقد . وقال السغناقي لا تجب ، معناه لا يجب تسليمها وأداءها بمجرد العقد ، وقال صاحب العناية هذا ليس بواضح لأن نفي وجوب التسليم لا يستلزم نفي التملك كالمبيع ، فإنه يملكه المشتري بمجرد العقد ، ولا يجب تسليمه ما لم يقبض الثمن . والصواب أن يقال معناه لا يملك لأن محمداً « رح » ذكر في الجامع أن الأجرة لا تملك وما لم يملك لم يجب إيفاؤها .

فإن قلت فإذا لم يستلزم نفي الوجوب نفي التمليك كان أعم منه . وذكر الأعم وإرادة الأخص ليس بمجاز لعدم دلالة الأعم عليه أصلا . قلت أخرج الكلام مخرج الغالب وهو أن يكون الاجرة مما ثبت في الذمة ونفي الوجوب فيها وهو يستلزم نفي التمليك لا محالة ، وعلى هذا كان قوله يستحق بمعنى يملك يدل على هذا كله قوله وقال الشافعي رحمه الله يملك بنفس العقد وإلا لم يكن محل الخلاف متحداً ، انتهى . قلت ذكر في الذخيرة يجب أن يعلم أن الاجرة لا تملك بنفس العقد ولا يجب إيفاؤها إلا بعد استيفاء المنفعة إذا لم يشترط تعجيلها سواء كانت عيناً أو ديناً ، هكذا ذكر محمد في الجامع وذكر في الإجارات إن كانت عيناً لا تملك بنفس العقد وإن كانت ديناً تملك بنفس العقد ويكون بمنزلة الدين المؤجل ، فعامة المشايخ على أن الصحيح ما ذكره في الجامع . وقال بعضهم ما ذكره في الإجارات قوله أولا وما ذكره في الجامع أخرى وهو الأصح ، لأن الإجارة عقد

وتستحق بإحدى معاني ثلاثة إما بشرط التعجيل أو بالتعجيل من غير شرط أو باستيفاء المعقود عليه . وقال الشافعي « رح » تملك بنفس العقد لأن المنافع المعدومة صارت موجودة حكماً ضرورة تصحيح العقد ،

معاوضة فيوجب المساواة بين البدلين ما أمكن ما لم يغير بالشرط . فلو قلنا أن إيفاءها يجب قبل استيفاء المنفعة تزول المساواة ، وبه قال مالك .

(وتستحق بإحدى معاني ثلاثة) وفي بعض النسخ بأحد معان ثلاثة فوجهه أن يكون على تأويل العلل ، لأن المراد من المعاني العلل ، ولكن الفقهاء يكفون عن استعمال العلل لكونها من اصطلاحات الفلاسفة . وقال تاج الشريعة المسموع من السلف بأحد معان إذ المراد من المعاني العلل (إما بشرط التعجيل أو بالتعجيل من غير شرط أوباستيفاء المعقود عليه) وفي العيون أو بالتمكن من الاستيفاء . قيل شرط التعجيل شرطاً فاسداًلانه يخالف مقتضى العقد ولأحد المتعاقدين فيه منفعة فيفسد العقد . أجيب بأن وجوب الاجرة من مقتضيات العقد ، والعقد يقتضي ثبوت العقد عقيبه ، إلا أن التعجيل سقط لمانع وقدزال المانع كالبيع يقتضي ثبوت الحكم عقيبه وبالخيار ، ولا يثبت المانع فإذا ثبت ثبت مضافاً إلى العقد السابق كذا هنا .

فإن قلت كيف يستحق بالتعجيل من غير شرط ، والمساواة بين البدلين شرط . قلت لأنه عجل بعد انعقاد سبب الوجوب لأن سببه هو العقد ،إلا انهماعمل عمله في إيجاب الملك في الأجرة للحال لتحقق المساواة ، فإذا عجل فقد رضي ببطلان حقه في المساواة فصح كتعجيل الزكاة قبل حولان الحول ، وتعجيل الدين المؤجل كالبائع إذا سلم المبيع قبل استيفاء الثمن ، فانه يصح لانه بعد سبب الوجوب .

(وقال الشافعي رحمه الله تملك بنفس العقد ، لأن المنافع المعدومة صارت موجودة حكماً ضرورة تصحيح العقد) وهذا صحة الاجارة بأجرة مؤجلة ولم يجعل موجودة كان ديناً بدين وحرام لا محالة ، وإذا كانت موجودة وجب ثبوت الحكم بالعقد لوجود المقتضى

فثبت الحكم فيما يقابله من البدل ولنا أن العقد ينعقد شيئاً فشيئاً على حسب حدوث المنافع على ما بينا ، والعقد معاوضة ومن قضيتها المساواة ، فمن ضرورة التراخي في جانب المنفعة التراخي في البدل الآخر ، وإذا استوفى المنفعة يثبت الملك في الاجرة لتحقق التسوية ، وكذا إذا شرط التعجيل أو عجل من غير شرط ، لان المساواة يثبت حقاً له وقد أبطله .

وانتفاء المانع (فثبت الحكم فيما يقابله من البدل) ولهـــذا صح الإبراء عن الاجرة قبل استيفاء المنفعة بالإجماع وصح الارتهان به بالاجماع ، وبه قال أحمد .

فان قيل الثابت بالضرورة لا يتعدى موضعها فلا يتعدى من صحة العقـد إلى إفادة الملك . فالجواب أن الضروري إذا ثبت يتبع لوازمـــه وإفادة الملك من لوازم الوجود عند العقد .

(ولنا أن العقد ينعقد شيئاً فشيئاً على حسب حدوث المنافع على ما بينا) يعني في أول هذا الكتاب (والعقد معاوضة) أي عقد الاجارة معاوضة بلا خلاف (ومن قضيتهـا) أي من قضية المعاوضة (المساواة) أي من حكم عقد المعاوضة المساواة بين البدلين (فمن ضرورة التراخي في جانب المنفعـة التراخي في البـــدل الآخر) وهو الابراء تحقيقاً للمساواة .

(وإذا استوفى المنفعة يثبت الملك في الأجرة لتحقق التسوية ، وكـذا إذا شرط التعجيل أو عجل) أي الاجرة (من غير شرط ، لان المساواة يثبت حقاً له وقد أبطله) أي المستأجر المستعجل .

فان قلت ما فائدة هذا الخلاف قد ذكر علي والدين في طريقة الخلاف أن فائدته هي أنه لا يثبت للمؤجر ولاية المطالبة بتسليمها في الحال . ولو كانت الاجرة عبداً وهو قريبه لا يعتق عليه في الحال ، وعنده ولاية المطالبة في الحال ويعتق عليه في الحال . والجواب عن قوله ولو لم يجعل موجوده كان ديناً بدين وهو حرام أن ذلك ليس بدين ، لان الدين

ما يكون في الذمة والمنافع ليست كذلك على أنه أقيمت العين مقام المنفعة فلم يكن ديناً بدين ، وهذا طريق شائع لكونه إقامة السبب مقام المسبب . وأما جعل المعدوم موجوداً فلم يعهد كذلك .

(وإذا قبض المستأجر الدار فعليه الاجرة ، وإن لم يسكنها) ذكر هذان البابان أن التمكن من الاستيفاء يقوم مقام الاستيفاء ، لا يقال فعلى هذا كان الواجب أن يقول بأحد معان أربعة أو باستيفاء المعقود عليه أو بالتمكن منه يقوم مقامه أحياناً ، ويدل أن الاقتسام لا يكون قسماً بذاته ، كذا قاله صاحب العناية وفيـــه نظر . لانا لا نسلم أن التمكن من الاستيفاء بدل بل هو قسم بذاته ، فلذلك عده البعض رابعاً . ثم قول المصنف فعليه الاجرة وإن لم يسكنها ليس على إطلاقه بل مقيد ، وبه قال أكثر أهل العلم .

الثاني : أن تكون الإجارة صحيحة ، ألا ترى إلى ما قال في تتمة الفتاوى لا يجـــب الأجرة في الإجارة الفاسدة بالتمكن من استيفاء المنفعة ، وإنما تجب بحقيقة الاستيفـــاء ، بخلاف الإجارة الصحيحة ، فإن الأجرة تجب فيها بالتمكن من استيفاء المنفعـــة ، ثم في الاجارة الفاسدة . وإنما تجب الأجرة بحقيقة الاستيفاء إذا وجد التسليم إلى المستأجر من جهة الأجر . أما إذا لم يوجد التسليم إليه من جهة الأجر لا يجـــب الأجر وإن استوفى المنفعة . ونقله عن شروح الجامع الكبير .

والثالث : ما ذكره في الذخيرة وشرح الأقطع إن التمكن من المستأجر يجب أن يكون في المكان الذي وقع العقد في حقه ، حتى إذا استأجر دابة إلى الكوفة فسلمها المؤجر فأمسكها المستأجر ببغداد حتى منعت مدة يمكنه المسير إلى الكوفة فلا أجر . وإن ساقها معه إلى الكوفة ولم يركب وجبت الأجرة . وقال الشافعي وأحمد رحمهما الله يجب الأجر في الوجهين ، لأن المنافع بلغت تحت يده باختياره . قلنا العقد وقع على المسافة كان بالتسليم في غيرهـــا لا يستحق البدل ، وينبغي أن يكون التمكن من الاستيفاء من المدة ، فإنه لو استأجر دابة إلى الكوفة في هذا اليوم وذهب إليها بعد مضي اليوم بالدابة ولم يركب لا يجب الأجر ، وإن استأجر دابة إلى مكة فلم يركبها ، بل مشى فإن كان بغير عذر في الدابة فعليـــه

لأن تسليم عين المنفعة لا يتصور فأقمنـــا تسليم المحل مقامه إذ التمكن من الانتفاع يثبت به ، فإن غصبها غاصب من يده سقطت الأجرة ، لأن تسليم المحل إنما أقيم مقام تسليم المنفعة للتمكن من الانتفاع ، فإذا فات التمكن فات التسليم وانفسخ العقد فيسقط الأجر

الأجر ، وإن كانت لعلة في الدابة بحيث لم يقدر على الركوب لا أجر عليه . ولو استأجر ثوباً ليلبسه كل يوم بدانق فوضعه في بيته ولم يلبسه حتى مضى عليه سنون فعليه لكل يوم دانق ما دام في الوقت الذي يعلم أنه لو كان لبسه لا ينخرق لتمكن اللبس ، فإذا مضى وقت يعلم أنــه كان يلبسه ينخرق سقــط عنه الأجر لتعذر جعله منتفعاً به .

وفي النوازل نظر لهذا بالمرأة إذا أخذت الكسوة من الزوج ولم تلبس ولبست ثوب نفسها إذا مضى وقت لو لبسه لبساً معتاداً ينخرق كان لها ولاية المطالبة بكسوة أخرى وإلا فلا . وفي خلاصة الفتاوى إذا أجر داراً وسلمها فارغة إلا بيتاً كان مشغولاً بمتـاع الأجر أو سلم إليه جميع الدار ثم انتزع بيتاً منها من الدار رفع عن الأجر بحصة البيت ، وسكوت المصنف عن هذه القيود للاختصار اعتماداً على دلالة الحال والعرف ، فإن حال المسلم دالة على أن يباشر العقد الصحيح ، وعلى أن العاقد يجب عليه تسليم ما عقد عليـه فارغاً عما يمنع من الإنتفاع به ،والعرف فاش في تسليم المعقود عليه في مدة العقد والمكان، فكان معلوماً عادة ، وعلى أن الإكراه والغصب مما يمنعان عن الانتفاع فاقتصر عن ذلك اعتماداً عليها .

(لأن تسليم عين المنفعة لا يتصور فأقمنا تسليم المحل مقامه ، إذ التمكن من الإنتفاع يثبت به) أي بتسليم المحل (فإن غصبها) أي العين المستأجرة (غاصب من يده سقطت الأجرة ، لأن تسليم المحل إنما أقيم مقام تسليم المنفعة للتمكن من الانتفاع ، فإذا فـات التمكن فات التسليم وانفسخ العقد) وذكر الفضل قاضي خان في الفتاوى لا تنفسخ الاجارة ولكن (فيسقط الأجر) ما دامت في يد الغاصب ، وبه قال الشافعي ولكن له حق الفسخ .

وإن وجد الغصب في بعض المدة سقط بقدره إذ الانفساخ في بعضها . ومن استـــأجر داراً فللمؤاجر أن يطالبه بأجر كل يوم لأنه استوفى منفعة مقصودة ، إلا أن يبين وقت الاستحقـــاق في العقد لأنه بمنزلة التأجيل ، وكذلك إجارة الاراضي لما بينا .

(وإن وجد الغصب في بعض المدة سقط بقدره إذ الانفساخ في بعضها) أى بقدر المدة التي وجب فيه الغصب وليس فيه خلاف .

(ومن استأجر داراً) ذكـر هذا البيان وقت استحقاق مطالبة الأجـــر ، أي من استأجر داراً مدة معلومة (فللمؤاجر أن يطالبـه بأجرة كل يوم لأنه استوفى منفعـــة مقصودة) قال السفناقي « رح » في الصواب أن يقال فللمؤجر لأن قولنا أجر الدار هـو أفعل لا فاعل ، واسم الفاعل منه المؤجر لا المؤاجر . قلت قد بينت فيما مضى أن المؤاجر ليس بفاعل من أجر ، وإنما هو فاعل من واجر وقد بينت أنه لغة العوام فإنهم يقولون واجر موضع أجر ، فبالضرورة إذا أخذوا منه الفاعل يقولون مؤاجر فالخطأ في قولهم واجر لا في قولهم مؤاجر ، فافهم . وقال في شرح الأقطع وقال زفر لا يطالبه إلا بعـد مضي مدة الاجارة ولو كانت مائة سنة وهو قول أبي حنيفة رحمه الله الأول ، لأن جميع المعقود عليه لم يصر مسلماً فلا يطالبه ببدله ، بخلاف ما إذا بين الاستحقاق مثل أن يقول أجرتك هذا الدار بكذا شيئاً على أن تعطيني الأجر بعد شهرين . ولنا أنه استوفى بعض المعقود عليه فيجب بدله تحقيقاً للمعادلة بين المتعاقدين فكان القياس أن تجب الأجرة حالاً فحالاً ، كما لو قبض بعض المبيع واستهلكه ، إلا أنهم استحسنوا فأوجبوا الأحرة يومـاً فيوماً تيسيراً .

(إلا أن يبين) أي المستأجر (وقت الاستحقاق في العقد ، لأنـــه بمنزلة التأجيل) والتأجيل يسقط استحقاق المطالبة إلى انتهاء الأجـل (وكذلك إجارة الأراضي) يعني إذا أجر الأرض له أن يطالب المستأجر بأجرة كل يوم لأنه منفعة مقصودة ، إلا إذا بين وقت الاستحقاق فلا يطالبه إلا في ذلك الوقت لأنه بمنزلة التأجيل (لما بينا) وهو قولـه لأنه منفعة مقصودة ... إلى آخره .

ومن استأجر بعيراً إلى مكة فللجمال أن يطالبه بأجرة كل مرحلة ، لان سير كل مرحلة مقصود ،

(ومن استأجر بعيراً إلى مكة فللجمال أن يطالبه بأجرة كل مرحلة لأن سير كل مرحلة مقصود) قال الكاكي هذا قول الكرخي ذكره في المبسوط والإيضاح . وأما قول أبي حنيفة « رح » المرجوع إليه لم يقدر بتقدير ، بل قال كل ما سار مسيراً له من الأجر شيء معروف ، فله أن يأخذه بذلك ، وهو قول أبي يوسف ومحمد « رح » . وقال الاترازي نسبة ما ذكره القدوري إلى الكرخي عيب جداً ، لأن الكرخي نص في مختصره أنه قول أبي حنيفة « رح » الأخير ، ألا ترى أنه قال فيه . وقال أبو حنيفة فيما له وقت يطالبه بأجرة كل يوم يمضي من مدة الإجارة ، وكذلك في المسافة على قدر ما قطع منها فيما يمكن تحصيل جزء من اجزائه . وقال أبو يوسف « رح » عن أبي حنيفة « رح » في الذي يكتري إلى مكة للجمال أن يطالبه بالأجرة يوماً بيوم ، وهو قول أبي حنيفة الآخر وهو ايضاً قول محمد « رح » .

وقال أبو يوسف في الدور والمنازل إذا استأجر الرجل شيئاً منها شهر بأجر معلوم فليس له أن يأخذ الأجرة إلا إذا مضى شهر وليس له أن يطالب مثل ذلك روى ذلك عنه ابن سماعة وبشر بن الوليد وعلي بن الجعد . وروى عنه في الذي استأجر إبلا إلى مكة أنه لا يأخذ الأجر منه حتى يسير الثلث أو النصف وقال استخسر ذلك في الشقة البعيدة .

وقال زفر إذا استأجر الرجل داراً كل شهر بعشرة دراهم وكل سنة بمائة درهم فليس له أن يأخذ من الأجر شيئاً حتى يمضي شهر في قوله كل شهر ، وحتى تمضي سنة في قوله سنة. فإن استأجر اثنا عشر سنة بألف درهم لم يكن له أن يطالب بشيء من ذلك حتى تمضى المدة وكذلك قال في المكر إلى مكة ذاهباً وجائياً أنه لا يطالب بالأجر حتى يذهب ويجيء ، وهذا قول أبي حنيفة رحمه الله الأول ، وهو قول أبي يوسف « رح » رواه محمد « رح » في الأصول .

وأما في الاصل فهو عندي قوله الأخير لأنه قال في رمضان سنة احدى وثمانين ومائة ، وهذا قبل موته ليس بمشهور ، انتهى . وفي التقريب للقدوري قال أبو حنيفة « رح » إذا

وكان أبو حنيفة يقول أولاً لا يجب الاجرة إلا بعد انقضاء المدة وانتهاء السفر وهو قول زفر « رح » لان المعقود عليه جملة المنافع في المدة فلا يتوزع الاجر على أجزائها كما إذا كان المعقود عليه العمل. ووجه القول المرجوع إليه أن القياس استحقاق الاجر ساعة فساعة لتحقق المساواة ، إلا أن المطالبة في كل ساعة يفضي إلى أن لا يتفرغ لغيره

استأجر إبلا إلى مكة لم يلزمه تسليم الأجرة حتى يرجع ، وهو قول زفر ثم رجع أبو حنيفة وقال كلما سار مرحلة طالبه بقدره ، وهو قولهما ، وكذا ذكره في المختلف في باب زفر « رح » .

(وكان أبو حنيفة « رح » يقول أولاً لا يجب الأجرة إلا بعد انقضاء المدة وانتهاء السفر ، وهو قول زفر رحمه الله ، لأن المعقود عليه جملة المنافع في المدة فلا يتوزع الأجر على اجزائها كما إذا كان المعقود عليه العمل) كالخياطة ، فان الخياط لا يستحق الأجر قبل الفراغ .

فإن قيل قال فلا يتوزع الأجر على أجزائها يعني المنافع ، وهو خلاف المشهور أن أجر العوض ينقسم على أجزاء المعوض ، وقال المنافع على العمل وهو فاسد ، لأن شرط انقسام المماثلة بين الأصل والفرع وهو منتف ، لأنه في المنافع قد استوفى المستأجر بعضها فيلزمه العوض بقدر ، ولا كذلك العمل ، لأنه لم يتسلم من الخياط شيئاً . فالجواب أن أجزاء العوض ينقسم على أجزاء المعوض وجوباً وليس الكلام فيه وإنما الكلام في استحقاق القبض وفي ذلك لا يتوزع كما في المبيع والتسليم في الخياط ، وهو تقدير ، إلا أن عمل الخياط لما اتصل بالثوب كان ذلك سليماً تقديراً ، على أن المصنف لم يلتزم صحة دليل القول المرجوع عنه ، فانه لو كان صحيحاً البتة لم يكن للرجوع عنه وجه .

(ووجه القول المرجوع اليه أن القياس) يقتضى (استحقاق الاجر ساعة فساعة لتحقق المساواة) بين البدلين (إلا أن المطالبة في كل ساعة) هذا الاستثناء لبيان وجه ترك القياس وهو أن المطالبة كلما سار شيئاً ولو خطوة (يفضي إلى أن لا يتفرغ لغيره فيتضرر به) بل المطالبة حينئذ تفضي إلى عدمها ، فإن المستأجر لم يتمكن

فيتضرر به فقدرناه بما ذكرنا . قال وليس للقصار والخياط أن يطالب بالاجرة حتى يتفرغ من العمل ، لان العمل في البعض غير منتفع به فلا يستوجب لأجرته ، وكذا إذا عمل في بيت المستأجر لا يستوجب الاجر قبل الفراغ لما بينا ، قال إلا أن يشترط التعجيل لما مر أن الشرط فيه لازم . قال ومن استأجر خبازاً ليخبز في بيته قفيزاً من دقيق بدرهم لم يستوجب الاجر حتى يخرج الخبز من التنور ، لان تمام العمل

من الانتفاع بامر من جهة المؤجر فيمتنع الانتفاع من جهة المؤجر ، فيمتنع المطالبة . وما افضى وجوده إلى عدمه فهو منتف (فقدرناه بما ذكرنا) من اليوم في الدار والمرحلة في البعير استحساناً .

(قال) أي القدوري (وليس للقصار والخياط أن يطالب بالاجرة حتى يتفرغ من العمل) كله (لان العمل في البعض غير منتفع به فلا يستوجب لاجرته) وهذا يشير إلى انه إذا كان ثوبين ففرغ أحدهما جاز أن يطلب أجرته لانه منتفع به (وكذا إذا عمل)أي الخياط (في بيت المستأجر لا يستوجب الاجر قبل الفراغ) قال السغناقي هذا وقع مخالف لعامة روايات الكتب عن المبسوط والذخيرة والمغني وشرح الجامع الصغير لفخر الإسلام وقاضي خان والتمرتاشي والفوائد الظهيرية لما انه ذكر فيها أن العامل في بيت المستأجر يستحق الاجر بقدر عمله ، حتى لو سرق الثوب فله الاجر بقدر عمله ، لان كل جزء من العمل يصير مسلماً إلى صاحب الثوب بالفراغ منه ،ولعله اتبع صاحب التجريد أبا الفضل الكرماني في هذا الحكم فانه ذكره كما ذكر في الكتاب . وعند الشافعي وأحمد رحمهما الله يستحق المطالبة بعد الفراغ من العمل ، ولكن يجب بنفس العقد (لما بينا) إشارة إلى قوله لان العمل في البعض غير منتفع به .

(قال إلا أن يشترط التعجيل لما مر أن الشرط فيه لازم) أي في التعجيل (ومن استأجر خبازاً ليخبز في بيته قفيزاً من دقيق بدرهم لم يستحق الاجر حتى يخرج الخبز من التنور ، لان تمام العمل بالإخراج) ذكر هذا البيان حكمين أحدهما أن الاجير المشترك

بالإخراج فلو احترق أو سقط من يده قبل الإخراج فلا أجر له للهلاك قبل التسليم . فإن أخرجه ثم احترق من غير فعله فله الاجرة ، لانه صار مسلماً بالوضع في بيته ولاضمان عليه ، لانه لم يوجد منه الجناية . قال رضي الله عنه وهذا عند أبي حنيفة « رح » لانه أمانة في يده ، وعندهما يضمن مثل دقيقه ولا أجر له ، لانه مضمون عليه فلا يبرأ

لا يستحق الاجرة حتى يفرغ من عمله ، والثاني أن فراغ العمل بماذا يكون ففي استئجار الخباز لا يستحق الاجر حتى يخرج الخبز من التنور ، لان كل واحد لا يجنسه على وجه لا ينقطع ، فان قبل خبزه في بيته يمنع أن يخبز لغيره ، ومن عمل لواحد فهو أجير واحد واستحقاقه الاجرة لا يتوقف على الفراغ من العمل . أجيب بأن أجير الواحد من وقع العقد في حقه على المدة كمن استأجر شهراً لخدمة ، وما نحن فيه مستأجر على العمل فكان أجيراً مشتركاً يوقف استحقاقه على فراغ العمل .

(فلو احترق أو سقط من يده قبل الإخراج فلا أجر له للهلاك قبل التسليم) وفي المبسوط وهو ضامن،لان هذا جناية يد ويخير صاحب الخبز إن شاء ضمنه مخبوزاً وأعطاه الاجر ، وإن شاء ضمنه دقيقا ولم يكن له أجر .

(فإن أخرجه) من التنور (ثم احترق من غير فعله) أراد أنه هلك من غير صنعته، لان الاحتراق هلاك ، أو احترق بنار أخرى أو رماه أحد في التنور (فله الاجرة) المسمى (لانه صار مسلماً) بكسر اللام (بالوضع في بيته ولا ضمان عليه ، لانه لم يوجدمنه الجناية) فلا ضمان إلا على الجاني . قال العبد الضعيف رحمه الله اراد به نفسه (قال وهذا) أي قوله لا ضمان عليه أو عدم الضمان في الهلاك بعد الإخراج (عند أبي حنيفة « رح » لانه أمانة في يده) .

(وعندهما يضمن مثل دقيقه ولا أجر له) الحاصل صاحب الدقيق بالخباز إن شاء ضمنه مثل دقيقه ولا أجر له (لانه مضمون عليه) لان قبض الاجير المشترك مضمون عندهما (فلا يبرأ) منه بوضعه في منزل ملكه ، كما لا يبرأ الغاصب من الضمان بذلك

إلا بعد حقيقة التسليم ، وإن شاء ضمن الخبز وأعطاه الاجر . قال ومن استأجر طباخاً ليطبخ له طعاماً للوليمة فالغرف عليه اعتباراً للعرف . قال ومن استأجر انساناً ليضرب له لبناً استحق الاجرة إذا أقامها عند أبي حنيفة . وقالا لا يستحقها حتى يشرجها ، لان التشريج من تمام عمله إذ لا يؤمن من الفساد قبله ، فصار

(إلا بعد حقيقة التسليم ، وإن شاء ضمن الخبز وأعطاه الاجر) ولا ضمان عليه في الحطب والملح عندهما ، لان ذلك صار مستهلكاً قبل وجوب الضمان عليه ، وحال وجوب الضمان في تنور قيمته له كذا في الذخيرة . وقال السغناقي هذا الذي ذكره من الاختلاف اختيار القدوري ، وأما عند غيره فهو يجري على عمومه ، فانه لا ضمان بالاتفاق . أما عند أبي حنيفة « رح » لأنه لم يهلك من عمله . وأما عندهما فلأنه هلك بعد التسليم وبه قالت الثلاثة ، قلت هذا يتم إذا كان الوضع في بيته تسليماً .

(قال ومن استأجر طباخاً ليطبخ له طعاماً للوليمة) وهو طعام العرس ، والوكيرة طعام البناء ، والنجوس طعام الولادة ، وما يطعمه النفساء نفسها خرسة ، وطعام الختان اعذار ، وطعام القادم من سفره نقيعة ، وكل طعام صنع لدعوة مادية جميعاً ويقال : فلان يدعوا العقر إذا خص وفلان يدعو الجعلى الأجعلي إذا عم كذا قال القتبي وغيره (فالغرف) بفتح الغين المعجمة من باب ضرب يضرب وهو جعل الطعام في القصعة (عليه) أى على الطباخ (اعتباراً للعرف) بضم العين المهملة وهو العادة ، وإنما قيد بقوله للوليمة لانه لو استأجره ليطبخ قدر خاص بعينه لا يكون الغرف عليه ، ذكره في المغني والمحيط والإيضاح ، والمرجع في الجميع العرف .

(ومن استأجر انساناً ليضرب له لبناً) بفتح اللام وكسر الباء الموحدة وهو الآجر اللبني (استحق الأجرة إذا أقامها عند أبي حنيفة « رح) وبه قالت الثلاثة (وقالا لا يستحقها حتى يشرجها) أى ينضدها بضم بعضها الى بعض ، ومادته بشين معجمة وراء وجيم (لأن التشريج من تمام عمله إذ لا يؤمن من الفساد قبله فصار كاخراج الخبز من

كإخراج الخبز من التنور ، لان الاجير هو الذي يتولاه عرفاً وهو المعتبر فيمـــا لم ينص عليه . ولابي حنيفة « رح » أن العمل قد تم بالإقامة والتشريج عمل زائد كالنقل . ألا ترى أنه ينتفع به قبل التشريج بالنقل إلى موضع العمل ، بخلاف ما قبل الإقامة ، لانه طين منتشر ، وبخلاف الخبز لانه غير منتفع به قبل الإخراج.
قال وكل صانع لعمله أثر في العين كالقصار والصباغ فله أن يحبس

التنور ، ولأن الاجير هو الذي يتولاه) أي الشريج (عرفاً) أي من حيث العرف والعادة (وهو) أي العرف (المعتبر فيما لم ينص عليه) .

(ولأبي حنيفة رحمه الله أن العمل قد تم بالاقامـــة ، والتشريج عمل زائد كالنقل . ألا ترى أنه ينتفع به قبل التشريج بالنقل إلى موضع العمل ، بخلاف ما قبل الإقامة ، لأنه طين منتشر ، وبخلاف الخبز لأنه غير منتفع به قبل الإخراج) وفائدة الخـلاف انه إذا أفسد المطر قبل التشريج أو تكسر لا أجر له خلافاً لهما . وفي المبسوط هذا كله إذا كان يقيم العمل في ملك المستأجر أما في غير ملكه فما لم يعد عليه ويسلمه اليه لا يستحق الاجر بالاتفاق ، حتى لو فسد قبل العـــد لا أجر له إلا على قول زفر « رح » وفي الرندويسقي لو ضربه في ملك نفسه لا يجب الأجر عنده إلا بالعد عليه بعد إقامته ، وعندهما بالعـد عليه بعد التشريج .

وقال الكرخي في مختصره وإذا استأجره ليضرب له لبناً في ملكه أو في شيء هو في يده فان رب اللبن لا يكون قابضاً حتى يجف اللبن وينصبه في قول أبي حنيفة « رح » لا خلاف عنه في ذلك ، وعند أبي يوسف ومحمد « رح » حتى يشرجه فان هلك اللـبن قبل الحد الذي حد كل واحد منهم في قوله فلا أجر له ، وإن كان بعد فله الاجر ، وإن كان ذلك في غير يده ولا في ملكه لم يكن له الاجر حتى يسلمه منصوباً عند أبي حنيفة « رح » ومشرجاً عن أبي يوسف ومحمد « رح » .

(قال) أي القدوري (وكل صانع لعمله أثر في العين كالقصار والصباغ فله ان يحبس

العين بعد الفراغ عن عمله حتى يستوفي الاجر لان المعقود عليه وصف قائم في الثوب، فلـــه حق الحبس لاستيفاء البدل كما في البيـع ، ولو حبسه فضاع في يده لاضمان عليه عنـــد أبي حنيفة لانه غير متعد في الحبس ، فبقي أمانة كما كان عنده ولا أجر له لهلاك المعقود عليه قبل التسليم . وعند أبي يوسف ومحمد « رح» العين كانت مضمونة قبـــل الحبس فكذا بعده ، لكنه بالخيار إن شاء ضمنه قيمته غير معمول ولا أجر له ، وإن شاء ضمنه معمولاً وله الاجر ، وسنبين من بعد إن شاء الله تعالى .

العين بعد الفراغ عن عمله حتى يستوفي الأجر ، لان المعقود عليه وصف قائم في الثوب) هذا في الصباغ ظاهر ، لان أثر عمله في الثوب موجود وهو الصبغ.وأما القصار إذا كان يقصر بالنشاء والبيض فكذلك ، وان كان يقصر بلا شيء قيل ليس له أن يحبس ، لان البياض قد اشترى بالدرن والوسخ ، فاذا زال ذلك بعمله يظهر ذلك البياض ، وقيـل له الحبس ايضـاً . وفي خلاصة الفتاوى وهذا إذا كان عمله في دكانه ، أما إذا خـاط الخياط أو صبغ الصباغ في بيت المستأجر فليس له حق الحبس (فله حق الحبس لاستيفاء البدل كما في البيع) حيث يجوز للبائع حبسه عن المشترى حتى يقبض الثمن ، وبه قال الشافعي في وجه . وقال زفر والشافعي في قول وأحمد ليس له أن يحبس .

(ولو حبسه فضاع في يده لا ضمان عليه عند أبي حنيفة لانه غير متعد في الحبس) ولا ضمان إلا على المتعدى (فبقى أمانة كما كان عنده) أى عند أبي حنيفة ، أي كما كان أمانة قبل الحبس فكذلك بعده (ولا أجر له لهلاك المعقود عليه قبل التسليم) أي قبل تسليمه إلى مالكه فلا يستحق شيئاً .

(وعند أبي يوسف ومحمد رحمهما الله العين كانت مضمونة قبل الحبس فكذا بعده ، لكنه بالخيار إن شاء ضمنه قيمته) - ال كونه (غير معمول ولا أجر له ، وإن شاء ضمنه معمولاً وله الأجر ، وسنبين بعد هذا إن شاء الله تعالى) يعني في باب ضمان الأجير .

قال وكل صانع ليس لعمله أثر في العين فليس له أن يحبس العين للأجر كالحمال والملاح ، لان المعقود عليه نفس العمل وهو غير قائم في العين فلا يتصور حبسه فليس له ولاية الحبس ، وغسل الثوب نظير الحمل . وهذا بخلاف الآبق حيث يكون للراد حق حبسه لاستيفاء الجعل ، ولا أثر لعمله لانه كان على شرف الهلاك وقد أحياه

(قال) أى القدوري (وكل صانع ليس لعمله أثر في العين فليس له أن يحبس العين للأجير كالحمال) بالحاء المهملة والميم أيضاً ، وهو مكاري الحمل (والملاح) وهو الذي يتولى أمر السفن ، ويقال له النوتي بلغة أهل مصر (لأن المعقود عليه نفس العمل وهو غير قائم في العين فلا يتصور حبسه فليس له ولاية الحبس) لأن العمل الذي هو المعقود عليه حقيقة قد تلاشى واضمحل ، وليس لعمله أثر في العين حتى يقوم مقام العمل ، فلا يكون له ولاية الحبس ضرورة (وغسل الثوب نظير الحمل) يعني إذا لم يكن ثمة من النشاء وغيره سوى إزالة الوسخ بالماء ، وأما إذا كان فهى مسألة القصار ، وهذا اختيار بعض المشايخ ، اختاره المصنف ، وذكر في المبسوط وجامع قاضي خان إن إحداث البياض في الثوب بإزالة الدرن بمنزلة عمل له أثر في العين قيل وهو الأصح ، لأن البياض كان مستتراً وقد ظهر بفعله .

(وهذا بخلاف الآبق) هذا جواب عما يقال الآبق إذا رآه إنسان كان له حق الحبس وإن لم يكن لعمله أثر في العين قائم ، وتقريره أن يقال الآبق ليس كذلك (حيث يكون للراد حق حبسه لاستيفاء الجعل ولا أثر) أى والحال أنه لا أثر (لعمله لأنه) أى الآبق (كان على شرف الهلاك وقد أحياه) يرد إلى المولى ، والإحياء الذي يتصور من العباد تخليص من الإشراف على الهلاك ، وبه فسر قوله تعالى ﴿ ومن أحياها فكأنما أحيا الناس جميعاً ﴾ ٣٢ المائدة ، إذ الإحياء الحقيقي لله تعالى .

فإن قلت إذا ذبح شاة أشرفه على الهلاك ، فإنه يضمن وإن كان أحيا ملكه ، أجيب

---

(١) هكذا بالاصل .

فكأنه باعه منه فله حق الحبس وهذا الذي ذكرناه مذهب علمائنا الثلاثة . وقال زفر ليس له حق الحبس في الوجهين ، لانه وقع التسليم باتصال المبيع بملكه فيسقط حق الحبس . ولنا أن الاتصال بالمحل ضرورة إقامة العمل فلم يكن هو راضياً به من حيث أنه تسليم فلا يسقط الحبس كما إذا قبض المشترى بغير رضاء البائع .

بأن الذابح إن كان مودعاً كان أجير المالك إذا أخبر المالك فالمسألة ممنوعة ، وإن كان أجنبياً فرضاء المالك غير معلوم ، فأما الرضى برد الآبق فمعلوم (فكأنه باعه منه) أى فكأن المراد باع الآبق من المولى (فله حق الحبس) كالبائع له حبس المبيع (وهذا الذي ذكرناه) يعني حق الحبس للصانع بالأجر إذا كان لعمله أثر (هو مذهب علمائنا الثلاثة) وهم أبو حنيفة وأبو يوسف ومحمد رحمهم الله .

(وقال زفر ليس له حق الحبس في الوجهين) يعني في الذي يعمله فيه أثر ، وفي الذي لم يكن . وذكر العتابي قول الشافعي كقول زفر (لأنه وقع التسليم باتصال المبيع) أى المعقود عليه (بملكه) وفي بعض النسخ باتصال المعقود عليه وهو الأظهر (فيسقط حق الحبس) كما لو عمل في بيت الصاحب .

(ولنا أن الاتصال بالمحل) إنما وقع (ضرورة إقامة العمل) لأن صبغ ثوب المستأجر بدون الثوب محال (فلم يكن هو) أى الصابغ (راضياً به) باتصال الملك (من حيث انه تسليم) أى تسليم المعقود عليه للمستأجر ، فاذا لم يكن راضياً بذلك (فلا يسقط حق الحبس ، كما إذا قبض المشترى المبيع بغير رضى البائع) فإن للبائع أن يحبس وأن يسلمه المشترى لكونه بغير رضاه.

فإن قلت إذا استأجر خياطاً فخاط في بيت المستأجر فبنفس الخياطة يكون مسلماً ، فلو لم يكن الاتصال بالمحل تسليماً لما وقع التسليم هاهنا، قلت رضي الخياط بوقوع الخياطة تسليماً لمباشرته ما لا ضرورة فيه وهو الخياطة في بيت المستأجر ، بخلاف ما نحن فيه فافترقا .

قال وإذا شرط على الصانع أن يعمل بنفسه فليس له أن يستعمل غيره ، لان المعقود عليه اتصال العمل في محل بعينه فيستحق عينه كالمنفعة في محل بعينه وإن أطلق له العمل فله أن يستأجر من يعمله ، لان المستحق عمل في ذمته ويمكن إيفاؤه بنفسه وبالاستعانة بغيره بمنزلة إيفاء الدين .

(قال) أي القدوري (وإذا شرط على الصانع أن يعمل بنفسه) نقل عن حميدالدين الضرير هو مثل ان يقول أن تعمل بنفسك أو بيدك مثلا وإليه أشار المصنف بقوله أن يعمل بنفسه (فليس له أن يستعمل غيره ، لأن المعقود عليه اتصال العمل في محل بعينه) أراد بالمحل نفس الصانع ، يعني شرط أن يكون محل هذا العمل هو لا غيره ، فلا يجوز أن يستعمل غيره (فيستحق عينه) أي عين ذلك العمل (كالمنفعة في محل بعينه) كان استأجر دابة بعينها للحمل ، فإنه ليس للمؤجر ان يسلم غيرها ولمن استأجر غلاماً بعينه ليس للمؤجر أن يدفع غلاما آخر مكانه .قال صاحب العناية وفيه تأمل لأنه إن خالفه إلى خير بأن استعمل من هو اصنع منه في ذلك الفن أو سلم دابة أقوى من ذلك كان ينبغي أن يجوز . قلت عرضه تعلق لمعنى علمه عنده فلا ينبغي أن يتعدى إلى غيره وإن كان الغير خيراً منه.

(وإن اطلق له العمل) مثل أن يقول خط هذا الثوب أو اصنعه (فله أن يستأجر من يعمله ، لأن المستحق عمل في ذمته ويمكن ايفاؤه بنفسه وبالاستعانة بغيره) لأن المقصود هو العمل وقد حصل (بمنزلة ايفاء الدين) فان الإيفاء يحصل بالمديون وبالتبرع من غيره .

* * *

فصل

ومن استأجر رجلاً ليذهب إلى البصرة فيجيء بعياله فذهب ووجد بعضهم قد مات فجاء بمن بقي فله الاجر بحسابه لأنه أوفى بعض المعقود عليه فيستحق العوض بقدره، ومراده إذا كانوا معلومين.

(فصل)

لما بين استحقاق تمام الأجر عقبه بالفصل بيان عدم استحقاق تمام الاجر أو بعضه .

(ومن استأجر رجلا ليذهب إلى البصرة فيجيء بعياله فذهب) أي الرجل إلى البصرة (فوجد بعضهم) أى بعض عيال المستأجر (قد مات فجاء بمن بقى فله الأجر بحسابه) قال تاج الشريعة أي أجرة الذهاب بكمالها واحدة المجيء بقدره ، لأن الأجر مقابل بنقل العيال لا بقطع المسافة ، ولهذا لو ذهب ولم ينقل أحداً منهم لا يستوجب شيئاً (لأنه اوفى بعض المعقود عليه فيستحق العوض بقدره) أى بقدر ما أوفى (ومراده) محمد بن الحسن رحمه الله . وقال صاحب العناية أى مراد القدوري وهذا غلط ، لأن القدوري لم يذكر هذه المسألة في مختصره ، وإنما هذه من مسائل الجامع الصغير وصورتها فيه محمد عن يعقوب عن أبي حنيفة « رح » في رجل استأجر رجلا ليذهب إلى البصرة فيجيء بعياله فوجد بعضهم قد مات فحمل من بقى قال له من الأجر بحساب ذلك (إذا كانوا معلومين) يعني عياله اذا كان عددهم معلوماً ، قيد به لأنهم اذا كانوا غير معلومين يستحق جميع الأجرة ، وهذا اختيار الهندواني . وقال بهذا اذا كانت المؤنة تقل بنقصان العدد ، أما اذا كانت مؤنة البعض ومؤنة الكل سواء فانه يجب الأجر كاملا .

وعن الفضلي استأجر في المصر ليحمل الحنطة من القرية فذهب ولم يجد الحنطة فعاد ان كان قال استأجرتك من المصر حتى أحمل الحنطة من القرية يجب نصف الاجر بالذهب ، ولو كان قال استأجرتك حتى احمل من القرية لا يجب شيء ، لان في الاول العقد على شيئين الذهاب الى القرية والحمل منها ، وفي الثانية شرط الحمل ولم يوجد فلا

وإن استأجر ليذهب بكتابه إلى فلان بالبصرة ويجيء بجوابه فذهب فوجد فلاناً ميتاً فرده فلا أجر له ، وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف « رح » . وقال محمد « رح » له الأجر في الذهاب لأنه أوفى بعض المعقود عليه وهو قطع المسافة ، وهذا لأن الأجر مقابل به لما فيه من المشقة دون حمل الكتاب لخفة مؤنته . ولهما أن المعقود عليه نقل الكتاب لأنه هو المقصود أو وسيلة إليه وهو العلم بما في الكتاب ، لكن الحكم معلق به وقد نقضه فيسقط الأجر كما في الطعام

يجب شيء ، كذا في الذخيرة وجامع التمرتاشي .

(وان استأجر ليذهب بكتابه الى فلان بالبصرة ويجيء بجوابه فذهب فوجد فلاناً ميتاً فرده) أى الكتاب قيد به ، لانه لو ترك الكتاب ثمة يستحقه أجر الذهاب بالإجماع (فلا أجر له ، وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف « رح » . وقال محمد رحمه الله له الاجر في الذهاب لأنه أوفى بعض المعقود عليه ، وهو قطع المسافة وهذا لان الاجر مقابل به) أى يقطع المسافة (لما فيه من المشقة دون حمل الكتاب لخفة مؤنته) وعند الثلاثة له الاجر في الذهاب والرد ايضاً لثبوت الإذن بالرد دلالة اذا وجد ميتاً . وذكر ابوالليث « رح » قول ابي يوسف مع محمد وغيره مع ابي حنيفة رحمه الله .

(ولهما أن المعقود عليه نقل الكتاب لانه) اى لان نقل الكتاب (هو المقصود) لما فيه من تعظيم المكتوب اليه وصلة الرحم (أو وسيلة اليه) أي النقل وسيلة الى المقصود (وهو العلم بما في الكتاب) لان اعلام ما فيه لا يتصور الا بنقل الكتاب (لكن الحكم معلق به) اى بنقل الكتاب ، واراد بالحكم وجوب الاجرة (وقد نقضه) اى وقدنقضه الاجير النقل وهو عمله قبل التسليم (فيسقط الاجر كما في الطعام) اى كما يسقط الاجر فيما اذا استأجر ليذهب بطعام الى فلان بالبصرة فذهب به ووجده ميتاً فرده ، فانه لا اجر له بالاتفاق لنفقة تسليم المعقود عليه وهو حمل الطعام والآن تجيء هذه المسأله ،

وهي المسألة التي تلي هذه المسألة . وإن ترك الكتاب في ذلك المكان وعاد يستحق الأجر بالذهاب بالإجماع ، لأن الحمل لم ينتقض . وإن استأجره ليذهب بطعام إلى فلان بالبصرة فذهب فوجد فلاناً ميتاً فرده فلا أجر له في قولهم جميعاً ، لأنه نقض تسليم المعقود عليه وهو حمل الطعام .

ولهذا قال (وهي المسألة التي تلي هذه المسألة) أى مسألة الطعام هذه هي التي تأتي عقيب مسألة نقل الكتب .

(وان ترك الكتاب في ذلك المكان وعاد يستحق الاجر بالذهاب بالإجماع ، لان الحمل لم ينتقض) لان ترك الكتاب ثمة مفيد في الاصل ، لانه ربما يصل الى ورثته فينتفعون به ، وهاهنا قيود أبينها لك تكثيراً للفائدة ، الاول : قيد بالذهاب بالكتاب ليشير الى ان هذا فيما ليس له حمل ومؤنة ، حتى لو استأجر بالذهاب والمسألة الحالة فلا أجر له بالاتفاق . وعند زفر « رح » يجب وهو قياس قول الثلاثة .

الثاني : قيد بالمجيء بالجواب ، لانه لو لم يشترط المجيء بالجواب وترك الكتاب ثمة فيما اذا كان ميتاً وغائباً فانه يجب الاجر كاملاً .

الثالث : قيد بالذهاب بالكتاب ، حتى لو ذهب الى فلان بلا كتاب فلا اجر له .

الرابع : قيد بأنه وجده ميتاً لانه إذا لم يجده ميتاً وأتى بالجواب يستحق الاجر كاملاً .

الخامس : قيد بأنه وجد ميتاً حتى لو وجده غائباً ودفع الكتاب إلى آخر ليدفعه إليه أو دفعه إلى فلان وهو لم يقر ورجع بالجواب فله أجر الذهاب .

السادس : قيد استئجاره بتبليغ الكتاب لأنه لو استأجره لتبليغ الرسالة إلى فلان بالبصرة فذهب ولم يجد أو وجد ولم يبلغ برسالته ورجع له الأجر بالاجماع .

السابع : قيد بأنه رد لأنه لو ترك يستحق أجر الذهاب وقد ذكرناه فيما مضى .

(وإن استأجره ليذهب بطعام إلى فلان بالبصرة فذهب فوجد فلاناً ميتاً فرده فلا أجر له في قولهم جميعاً ، لأنه نقض تسليم المعقود عليه وهو حمل الطعام) لأن الأجر ها

بخلاف مسألة الكتاب على قول محمد « رح » ، لأن المعقود عليه هناك قطع المسافة على ما مر والله أعلم بالصواب .

هنا مقابل بصيرورة الطعام محمولاً إلى ذلك الموضع الذي عينه ، لأنه الفرض صحيح عينه وهو الربح وغيره ، فإذا رد فقد أبطل هذا الفرض فصار كالخياط إذا خاط الثوب ثم نقض حيث لا أجر له .

(بخلاف مسألة الكتاب على قول محمد « رح ») فإنه يقول نقل الطعام عمل مقابل الأجر لما فيه من الشقة وقد نقصه بالرد ، كما في مسألة الخياط إذا نقص . وأما نقل الكتاب فليس بعمل يقابل به الأجر لخفة مؤنته ، وإنما الأجر مقابل بقطع المسافة وقد قطعها في الذهاب وهو معنى قوله (لأن المعقود عليه هناك) أي في مسألة نقل الكتاب (قطع المسافة على ما مر والله أعلم بالصواب) وهو قوله لأنه أوفى بعض المعقود عليه وهو قطع المسافة .

* * *

باب ما يجوز من الاجارة وما يكون خلافاً فيها

قال ويجوز استئجار الدور والحوانيت للسكنى وإن لم يبين ما يعمل فيها ، لأن العمل المتعارف فيها السكنى فينصرف إليه

(باب ما يجوز من الاجارة وما يكون خلافاً فيها)

أي في الاجارة (قال) أي القدوري (ويجوز استئجار الدور والحوانيت للسكنى) وقال الأترازي رحمه الله قبل صورة المسألة فيما إذا قال استأجرت هذه الدار هكذاشهراً، ولم يبين شيئاً يعمل فيها السكنى ولا غيرها ، فعلى هذا يكون قوله السكنى متصلاً بالدور والحوانيت إلى استئجار دور السكنى وحوانيت السكنى منغير أن يبين ما يعمل فيهـــا جائز . ويجوز أن يتعلق قوله السكنى بالاستئجار،أي يجوز استئجار الدور والحوانيت لأصل السكنى وإن لم يبين ما يعمل فيها كل شيء لا يوهن البناء ولا يفسد وهـو الظاهر من كلام القدوري . قلت فعلى قول تاج الشريعة يكون محل للسكنى جواباً لوصفيه على قول الأترازي يحتمل الوجهين الجر على الوصفية ، والنصب على التعليل فافهم .

ويجوز استئجار الدور والحوانيت للسكنى ، قال تاج الشريعة السكنـــى هو صلة الدور والحوانيت لا صلة الاستئجار ، يعني ويجوز استئجار الدور والحوانيت المعـــدة للسكنى ، لا أن يقول زمان العقد استأجرت هذه الدار للسكنى فإنه لو نص هكـــذا وقت العقـــد لا يكون له أن يعمل فيها غير السكنى والتعليل يـــدل على ما ذكرت .

(وإن لم يبين) المستأجر ما يعمل في الدور والحوانيت ، صورته أن يقول استأجرت هذه الدار شهراً بكـذا ولم يبين (مـــا يعمل فيها) من السكنى وغيره فذلك جائـز (لأن العمل المتعارف فيها) أي في الدور والحوانيت (السكنى فينصرف إليـــه) أي

وأنه لا تتفاوت فصح العقد . وله أن يعمل كل شيء للإطلاق إلا أنه لا يسكن حداداً ولا قصاراً ولا طحاناً

السكنى (وانه) أي وإن السكنى (لا تتفاوت فصح العقد) وفي بعض النسخ ولأنه ، وهكذا صححه صاحب العناية ، ولهذا قال قوله ولأنه لا تتفاوت جواب عما عسى أن يقال سلمنا أن السكنى متعارف ، لكن قد تتفاوت السكان فلا بد من بيانه .

ووجهه أن السكنى لا تتفاوت وما لا يتفاوت ولا يشتمل على ما يفسد العقد فيصح ، وهذا استحسان . وفي القياس لا يجوز لأن المقصود بناء الدار والحانوت الانتفاع ، وهو قد يكون بالسكنى وقد يكون بوضع الأمتعة فينبغي أن لا يجوز ما لم يبين شيئاً من ذلك ، وبه قال أبو ثور .

(وله) أي وللمستأجر (أن يعمل كل شيء للإطلاق) أي لإطلاق العقد ، ويدخل تحت قوله كل شيء الوضوع ووضع المتاع وكسر الحطب للوقود وغسل الثياب وربط الدواب ، لان سكناها لا يتم إلا بذلك . وفي الذخيرة إنما يكون له ربط الدواب إذا كان فيها موضع معد له وإن لم يكن فليس له ذلك ، وكذا قال الاسبيجابي. وفي شرحه ولو استأجرها للسكنى كل شهر هكذا فله أن يربط فيها دابته وبعيره وشاته ويسكنها من أحب ، وهذا إذا كان فيها موضع معد لذلك .

(إلا أنه) أي أن المستأجر ، والاستثناء من قوله وله أن يعمل كل شيء (لا يسكن حداداً) قال تاج الشريعة فتح الحاء هو المسموع واستصوبه السغناقي . والاظهر ما قاله الاترازي وغيره أنه يجوز فيه الفتح والضم ، فعلى الفتح يكون حداداً نصباً على الحال ، وعلى الضم يكون مفعولا به ، ففي الأول ينتفي الاسكان دلالة . وفي الثاني ينتفي السكنى دلالة ، وقوله (ولا قصاراً ولا طحاناً) عطفاً على حداداً ، ونص في الذخيرة أن المراد رحى الماء أو رحى الثور . أما رحى اليد فلا يمنع منه ، لانه لا يضر بالبناءوهو من توابع السكنى في العادة ، ثم قال ورحى اليد إذا كان يضر بالبناء وهو من توابع السكنى يمنع عنه وإلا لا ، هكذا اختاره الحلواني وعليه الفتوى . وقال أيضاً فلو قعد حداداً أو غيره فانهدم شيء من البناء ضمن ذلك ولا أجر عليه فيما ضمن ، وإن لم ينهدم

لأن فيه ضرراً ظاهراً، لأنه يوهن البناء فيتقيد العقد بما وراءها دلالة. قال
ويجوز استئجار الأراضي للزراعة لأنها منفعة مقصودة معهودة فيها .
وللمستأجر الشرب والطريق وإن لم يشترط ، لأن الإجارة تعقد

شيء لا يجب الاجر ، لان عمل الحدادة والقصارة غير داخل في العقد ويجب استحساناً، وبه قالت الثلاثة .

ولو اختلف المستأجر والآجر في ذلك فقال المستأجر استأجرتها للحدادة والآجر يقول للسكنى دون الحدادة فالقول للآجر ، لأنه أنكر الاجارة أصلاً . ولو أقاما البينة فالبينة بينة المستأجر لأنه يثبت زيادة الشرط . وقال شيخ الاسلام الاسبيجابي في شرح الكافي وإذا استأجر بيتاً على أن يقعد فيه قصاراً فأراد أن يقعد فيه حداداً فله ذلك إذا كان مضرتها واحدة ، أو مضرة الحداد أقل لأنه لا يلحقه في ضرر زائد فكان له ذلك ، وإن كان أكثر مضرة لم يكن له ذلك لتحقق الضرر وكذلك الوصي والمسلم والذمي والحربي المستأمن والحر والمملوك والمكاتب كلهم سواء في الاجارة ، وقال أيضاً في شرح الطحاوي ومن استأجر حانوتاً ولم يسم ما يعمل فيه فله أن يعمل ما بدا له ، إلا انه لا يعمل حداداً ولا قصاراً ولا طحاناً ، وكذلك كل ما يوهن البناء ، وكذلك كل شيء استؤجر ولم يبين ذلك فله أن يعمل فيه حسبه ذلك العمل إلا في أشياء معدودة إذا استأجر دابة للركوب ولم يبين من يركبها ، أو استأجر ثوباً ولم يبين من يلبسه أو استأجر قدراً للطبخ ولم يبين ما يطبخ فيها فالاجارة في هذا كله فاسدة .

(لأن فيه) أي في سكنى الحداد ونحوه أو في إسكانه (ضرراً ظاهراً لأنه يوهن) أي يضعف (البناء فيتقيد العقد بما وراءها) أي بما وراء صنعة الحداد والقصار والطحان (دلالة) أي من حيث دلالة الحال على ذلك .

(قال ويجوز استئجار الأراضي للزراعة لأنها منفعة مقصودة معهودة فيها) أي في الأراضي وفيه قيد سنذكره (وللمستأجر الشرب) بكسر الشين وهو النصيب من الماء (والطريق وإن لم يشترط ، لأن الاجارة تعقد للإنتفاع ولا انتفاع إلا بها فيدخلان في

للانتفاع ، ولا انتفاع إلا بهما فيدخلان في مطلق العقد ، بخلاف البيـــع ، لأن المقصود منه ملك الرقبة لا الانتفاع في الحال ، حتى يجوز بيع الجحش والأرض السبخة دون الإجارة فلا يدخلان فيه من غير ذكر الحقوق وقد مر في البيوع . ولا يصح العقد حتى يسمى ما يزرع فيها لأنها قد تستأجر للزراعة ولغيرها وما يزرع متفاوت فلا بد من التعيين كيلا تقع المنازعة . أو يقول على أن يزرع فيها ما شاء لأنه لما فوض الخيرة

مطلق العقد) يعني وإن لم يذكرهما . قال الفقيه أبو الليث في شرحه للجامع الصغير وكان أبو جعفر يقول إذا كانت الاجارات في بلدنا فالشرب لا يدخل في الاجارة بغير شرط ، لأن الناس يتملون بالماء على الانفراد فلا يجوز أن يدخل فيها إلا بالشرط .

(بخلاف البيع) يعني لا يدخلان فيه إلا بالذكر (لأن المقصود منه ملك الرقبة لا الانتفاع في الحال ، حتى يجوز بيع الجحش) مع أنه لا ينتفع به في الحال (والأرض السبخة دون الاجارة) أي وبيع الأرض السبخة بفتح السين المهملة وكسر الباء الموحدة وفتح الخاء المعجمة . وعن الكسائي بالاسكان وهي الأرض التي لا تنبت شيئاً والجمع على سباخ (فلا يدخلان فيه) أي فلا يدخل الشرب والطريق في البيع (من غير ذكر الحقوق وقد مر في البيوع) في باب الحقوق من كتاب البيوع .

(ولا يصح العقد) أي عقد استئجار الأراضي للزراعة (حتى يسمي ما يزرع فيها) بفتح الياء على بناء الفاعل (لأنها قد تستأجر للزراعة ولغيرها) أي ولغير الزراعة نحو البناء وغرس الأشجار ونصب الفسطاط ونحوها (وما يزرع فيها متفاوت) بضم الياء على بناء المفعول ، لأن البعض قريب الادراك والبعض بعيداً ، أو لأن البعض يضر الأرض كالدرة والبعض لا يضر كالبطيخ (فلا بد من التعيين كيلا تقع المنازعة أو يقول) بنصب اللام عطفاً على قوله حتى يسمي (على أن يزرع فيها ما شاء ، لأنه لما فوض الخيرة) أي

إليه ارتفعت الجهالة المفضية إلى المنازعة ، ويجوز أن يستأجر الساحة ليبني فيها أو ليغرس فيها نخلاً أو شجراً لأنها منفعة تقصد بالأراضي ، ثم إذا انقضت مدة الإجارة لزمه أن يقلع البناء والغرس ويسلمها

الاختيار وهو بكسر الخاء وفتح التاء آخر الحروف والراء (إليه) أي إلى المستأجر (ارتفعت الجهالة المفضية إلى المنازعة) وفي المغني لابن قدامة استأجرها للزرع مطلقاً ، أو قال ليزرعها ما شئت فإنه يصح ولو زرعها ما شاء وهو مذهب الشافعي ومالك رحمها الله .

وعن شريح لا يصح حتى يبين ما يزرع ، لأن ضرره يختلف فلم يصح بلا بيان ، وهو قولنا فيما أطلق الزرع كما ذكر في الكتاب . ثم لو زرع نوعاً من الأنواع وهذه الصورة ومضت المدة ففي القياس يجب عليه أجر المثل ، وفي الاستحسان يجب المسمى وينقلب العقد جائزاً كما لو استأجر ثوباً للبس ولم يبين اللابس لا يجوز لتفاوت الناس فيه ، فإن عين اللابس بعد ذلك جاز استحساناً ، كذا في الذخيرة وجامع قاضي خان .

(قال ويجوز أن يستأجر الساحة) بالحاء المهملة المخففة ، وهي الأرض الخالية عن البناء والشجر (ليبني فيها أو ليغرس فيها نخلاً أو شجراً) عطف الشجر على النخل من قبيل عطف العام على الخاص ، كما في قوله تعالى ﴿ سبعاً من المثاني والقرآن العظيم ﴾ ٨٧ الحجر ، وفائدته الاشعار بفضل المعطوف عليه .

فإن قلت المراد ها هنا بيان الحكم لا بيان الفضائل ، فما فائدة إفراد النخل ولايعرفون غيره وإن كانوا يسمعون ، فربما كان يتوهم المتوهم أن حكمها مختلف ، فلدفع هذا الوهم أفرده بالذكر ، ولم أر أحداً من الشراح تعرض لهذا (لأنها منفعة تقصد بالأراضي) فيصح لها العقد .

(ثم إذا انقضت مدة الاجارة لزمه) المستأجر (أن يقلع البناء والغرس) بكسر الغين بمعنى المغروس ، ولا يجوز الفتح لأنه مصدر فلا يتصور فيه القلع (ويسلمها فارغة) أي يسلم الأرض إلى صاحبها حال كونها فارغة من البناء والغروس ، ومعناه يجبر على القلع

فارغة لأنها لا نهاية لهـــا ، ففي إبقائها إضرار بصاحب الأرض .
بخلاف ما إذا انقضت المدة والزرع بقل حيث تترك بأجر المثل إلى
زمان الإدراك ، لأن لها نهاية معلومة فأمكن رعايـــة الجانبين .
قال إلا أن يختار صاحب الأرض أن يغرم له قيمة ذلك مقلوعـــاً

ولا يضمن صاحب الأرض قيمة النقص ، وبه قال مالك والمزني . وقال الشافعي وأحمـد رحمهما الله إن كانا قد شرطا القلع عند انقضائها فكذلك . وإن أطلقا العقد لم يجبر على القلع إلا أن يضمن المالك له قيمة نقضه (لأنه لا نهاية لها ، ففي إبقائها إضرار بصاحب الأرض) والضرر مدفوع .

(بخلاف ما إذا انقضت المدة) أي مدة الاجارة (والزرع بقل حيث يترك بأجـر المثل إلى زمان الادراك ، لأن لها) أي للزرع والتأنيث باعتبار المدة ، أي لأن لمدة الزرع (نهاية معلومة ، فأمكن رعاية الجانبين) أي جانب صاحب الأرض بأجر المثل،وجانب صاحب الزرع بالترك إلى الاشهار به ، قالت الثلاثة إن لم يكن ذلك من تفريط المستأجر مثل أن يزرع زرعاً لم تجز العادة بكماله قبل انقضاء المدة فحكمه حكم زرع الغاصـب يخير المالك بين أخذه بالقيمة أو تركه بأجر المثل . وعند الشافعي « رح » وجه يلزمـــه نقله . وفي المبسوط الجواب متحد في حق اعتبار الغرس في الاجارة والعارية والغصـب حتى يجب عليهم القلع والتسليم فارغاً .

وفي الزرع اختلـف الجواب ، ففي الغصب يلزم القلع على الغاصب في الحال لأنـــه متعد ، وفي الاجارات يترك إلى وقت الادراك إستحساناً بأجر المثل . وفي العارية المؤقتة وغير المؤقتة لا يأخذها صاحبها إلى أن يستحصد الزرع استحسانا .

(قال إلا أن يختار صاحب الأرض أن يغرم له) أي لصاحب الشجر أو لصاحـب البناء (قيمة ذلك مقلوعاً) أي حال كونه مقلوعاً لأنه يستحق القلع فيقوم الأرض بدون البناء أو الشجر ، وتقوم وبها بناء أو شجر لصاحب الأرض أن يأمر بقلعه فيضمن فضل ما بينهما كذا ذكر في الاختيار وغيره ، ولكن الذي يفهم من نفس التركيب أن يغـرم

ويتملكه فله ذلك» وهذا برضاء صاحب الغرس والشجر ، إلا أن ينقص الأرض بقلعها فحينئذ يتملكها بغير رضاه . قال ويرضى بتركه على حاله فيكون البناء لهذا والأرض لهذا ، لأن الحق له فله أن لا يستوفيه . قال وفي الجامع الصغير إذا انقضت مدة الإجارة وفي الأرض رطبة فإنها تقلع ،

قيمة الشجر مقلوعاً يعني مرمياً على الأرض إن كان لا ينفع إلا للحطب يكون قيمة الحطب ، وإن كان ينفع لوجه آخر يكون قيمته من ذلك الوجه ، وكذلك قيمة البناء مقلوعاً على الأرض الحجر من ناحية ، والطين من ناحية (ويتملكه فله ذلك) أي يتملك مالك الأرض كل واحد من البناء والشجر (وهذا) أي هذا الذي ذكرناه إنما يجوز (برضاء صاحب الغرس والشجر) لئلا يتضرر بالاجبار (إلا أن ينقص الأرض بقلعها) أي بقلع الأشياء المذكورة والبناء والغرس والشجر ، لأن المذكور هذه الثلاثة .

فإن قلت المفهوم من الغرس فيما مضى النخل والشجر حيث قال لزمه أن يقلع البناء والغرس بعد قوله نخلا أو شجراً ، وها هنا عطف الشجر على الغرس ، والمعطوف غير المعطوف عليه ، وترك ذكر البناء ها هنا . قلت أما ذكر البناء فلأن الغالب نقصان الأرض بقلع الأشجار دون البناء . وأما عطف الشجر على الغرس فلتبنيه على فائدة ، وهي أن الغرس اعم من الشجر اسم لماله ساق والغرس يتناول لماله ساق وما ليس له ساق ، والحكم في النوعين سواء فافهم . فإن هذا أيضاً ما ذكره أحد من الشراح (فحينئذ يتملكها بغير رضاه) أي حين وجود نقص الأرض بالقلع يتملك صاحب الأرض البناء والغرس والشجر حال كونها مقلوعة بغير رضى المستأجر .

(قال) أي القدوري (أو يرضى) أي صاحب الأرض (بتركه على حاله فيكون البناء لهذا والارض لهذا ، لأن الحق له فله أن لا يستوفيه) لان من له الحق لا يجبر .

(قال وفي الجامع الصغير إذا انقضت مدة الاجارة وفي الارض رطبة فإنها تقلع ،

لأن الرطاب لا نهاية لها فأشبه الشجر . قال ويجوز استئجار الدواب للركوب والحمل

لان الرطاب لا نهاية لها فأشبه الشجر) إنما أورد هذا لبيان أن حكم الرطبة كحكم الشجرة . قال تاج الشريعة الرطبة كالقصب والكراث . قلت الرطبة هي التي يقال لها برسيم والقرط في لغة أهل مصر ، ولكن عندهم هي كالزرع يزرع في كل سنة ، بخلاف غيرها من البلاد فإنها عندهم كالشجر في طول البقاء وليس له نهاية معلومة ، فيحكم في كل بلد بحسب عرفها والطرخون عندنا كالرطبة في طول البقاء ، وليس له نهاية معلومة .

(قال) أي القدوري (ويجوز استئجار الدواب للركوب والحمل) يعني لركوب معين إما نصاً حقيقة أو تقديراً ، أو إنما قلنا هكذا إلا انه إذا استأجر دابة للركوب ولم يعين من يركبه لا تصح الإجارة ، وكذا إذا استأجر ثوباً ليلبسه ولم يعين من يلبسه تفسده الإجارة نص عليه في المبسوط والذخيره وغيرهما .

فإن قلت قال القدوري فإن أطلق الركوب جاز أن يركبها من شاء ، وكذلك إن استأجر ثوباً للبس وأطلق على ما يجيء الآن في الكتاب . قلت قيل في التوفيق بين الروايات ما ذكر في فتاوى قاضي خان انه لو أركب غيره أو ركبه بنفسه انقلب جائزاً بعدما وقع فاسداً فيكون معنى قوله . فإن أطلق الركوب جاز أن يركبها من شاء ، أي لو أركبه ينقلب إلى الجوار بعدما وقع فاسداً، أو يكون المراد ما ذكره الأقطع في شرحه قوله فإن أطلق الركوب ، أي استأجرها للركوب على أن يركب عليها من شاء اختاره صاحب الكافي ، والأوجه أن يقال ما ذكره من الفساد جواب القياس ومن الجواز جواب الاستحسان ما ذكر في المبسوط بعد ذكره وجه القياس في القياس . وفي الاستحسان ان الجهالة المفسدة قد زالت بركوب نفسه وإركاب غيره فجعلنا التعين في الانتهاء كالتعين في الابتداء .

فإن قلت ما الدليل على جواز استئجار الدواب . قلت روى الواقدي في كتاب أسباب نزول القرآن باسناده إلى العلاء بين المسيب عن أبي أمامة التيمي ، قال سألت ابن

لأنه منفعة معلومة معهودة ، فإن أطلق الرّكوب جاز له أن يركب من شاء عملاً بالإطلاق ، ولكن إذا ركب بنفسه أو أركب واحداً ليس له أن يركب غيره لأنه تعين مراداً من الأصل والناس متفاوتون في الركوب ، فصار كأنه نص على ركوبه ، وكذلك إذا استأجر ثوباً للبس وأطلق فيما ذكرنا لإطلاق اللفظ وتفاوت الناس في اللبس .

عمر رضى الله عنها فقلت أنا أقول بكري في هذا الوجه وأن قوماً يزعمون أنه لا حج لنا ، قال ألستم تلبون ، ألستم تطوفون بين الصفا والمروة ، قال بلى ، قال إن رجلاً سأل النبي ﷺ عما سألت عنه فلم يدر ما يرد عليه حتى نزلت ﴿ ليس عليكم جناح أن تبتغوا فضلاً من ربكم ﴾ فدعاه فتلاه ، فقال أنتم الحجاج ، فدل الحديث ان استئجار الدواب جائز (لأنه) أي لأن كل واحد من الركوب والحمل (منفعة معلومة معهودة) بين الناس .

(فإن أطلق الركوب) أراد عمم ولم يقيد بركوب شخص بأن قال على أن تركب من شاء أو على أن تركب من شئت ، أما إذا استأجر للركوب مطلقاً لا يجوز كما ذكرناه آنفاً (جاز له) للمستأجر (أن يركب من شاء) بضم الياء من الإركاب ومن في محل النصب مفعوله (عملا بالإطلاق) أي التعميم كما ذكرنا (ولكن إذا ركب بنفسه أو أركب واحداً ليس له أن يركب غيره ، لأنه تعين مراداً من الأصل) أي لأن ركوبه بنفسه أو إركابه غيره تعيين حال كونه مراداً من الأصل وهو الإطلاق والتعميم (والنـــاس متفاوتون في الركوب ، فصار كأنه نص) في الابتداء (على ركوبه) شيء معين .

(وكذلك إذا استأجر ثوباً للبس وأطلق) أى عمم ولم يقيـــد بلبس شخص (فيما ذكرناه) من العمل بالإطلاق وهو أن يلبس من شاء ، ولكن إذا لبس بنفسه أو لبس واحداً ليس له ان يلبس غيره (لإطلاق اللفظ وتفاوت الناس في اللبس) هـــذان يرجعان إلى الحكمين المذكورين من قبيل اللف والنشر ، فرجع كل واحد منهما إلى مـــا يليق به من الحـــكم .

وإن قال على أن يركبها فلان أو يلبس الثوب فلان فأركبها غيره أو ألبسه غيره فعطب كان ضامناً ، لأن الناس يتفاوتون في الركوب واللبس فصح التعيين وليس له أن يتعداه ، وكذلك كل ما يختلف باختلاف المستعمل لما ذكرنا . فأما العقار وما لا يختلف باختلاف المستعمل إذا شرط سكنى واحد فله أن يسكن غيره ، لأن التقييد غير مقيد لعدم التفاوت ، والذي يضر بالبناء خارج على ما ذكرناه .

قال وإن سمى نوعاً وقدراً معلومة يحمله على الدابة مثل أن يقول

(وإن قال على أن يركبها فلان أو يلبس الثوب فلان فأركبها غيره أو ألبسه غيره فعطب) أي هلك ، والضمير فيه يرجع إلى كل واحد من الدابة والثوب (كان ضامناً ، لأن الناس يتفاوتون في الركوب واللبس ، فصح التعيين وليس له أن يتعداه) لأنه تعيين مفيد لا بد من اعتباره فإذا تعدى ضمن (وكذلك كل ما يختلف باختلاف المستعمل) بكسر الميم الثانية وذلك بالفسطاط ونحوه حتى لو استأجر فسطاطاً ودفعه إلى غيره إجارة أو إعارة فنصبه وسكن فيه ضمنه عند أبي يوسف رحمه الله لتفاوت الناس في نصبه واختياره مكانه وضرب أوتاده . وعند محمد لا يضمن لأنه كالدار (لما ذكرنا) يعني من تفاوت الناس في الاستعمال .

(فأما العقار وما لا يختلف باختلاف المستعمل) كالاحصاص المبنية من البردي ، والبيوت المبنية من الخشب ونحوها (إذا شرط سكنى واحد فله أن يسكن غيره لأن التقييد غير مقيد لعدم التفاوت) في المسكن (والذي يضر بالبناء خارج) هذا جواب عن سؤال من يقول قد تفاوت السكان أيضاً ، فإن الحداد ونحوه يضر بالبناء ، فأجاب عنه بأن الذي يضر بالبناء خارج ، أي مستثنى (على ما ذكرناه) أشار به إلى قوله إلا انه لا يسكن حداداً ... إلى آخره .

(قال) أي القدوري (وإن سمى نوعاً وقدراً معلومة يحمله على الدابة مثل أن يقول

خمسة أقفزة حنطة فله أن يحمل ما هو مثل الحنطة في الضرر أو أقل كالشعير والسمسم ، لأنه دخل تحت الإذن لعدم التفاوت ، أو لكونه خيراً من الأول . وليس له أن يحمل ما هو أضر من الحنطة كالملح والحديد لانعدام الرضاء به . وإن استأجرها ليحمل عليه قطناً سماه فليس له أن يحمل عليها مثل وزنه حديداً لأنه ربما يكون أضر بالدابة فإن الحديد يجتمع في موضع من ظهره والقطن ينبسط على ظهره ،

خمسة اقفزة حنطة فله أن يحمل ما هو مثل الحنطة في الضرر) كحنطة أخرى غير الحنطة المعينة (أو أقل) ضرراً (كالشعير والسمسم) قال السغناقي وتبعه الأترازي هذا لف ونشر ، فالشعير ينصرف إلى المثل ، والسمسم إلى أقل إذا كان التقدير فيها من حيث الكيل لا من حيث الوزن . قلت هذا ليس بلف ونشر ، بل كل واحد منها ينصرف إلى الأقل ومثاله ، وأما مثل الحنطة في الضرر هو الحنطة الاخرى غير الحنطة المعينة في الإجارة كما ذكرنا ، ولا شك أن الشعير أخف من الحنطة سواء كانا وزناً وكيلا ، فكيف يكون مثل الحنطة في الضرر ثم قال هذا جواب الاستحسان ، أما لو سمى قدراً من الحنطة وزناً فحمل مثل الوزن من الشعير يضمن. وفي المبسوط لا يضمن وهو الاصح، وبه أفتى الصدر الشهيد « رح » (لأنه دخل تحت الإذن لعدم التفاوت) فيما إذا كان مثلا (أو لكونه خيراً من الأول) فيما إذا كان أقل ضرراً .

(وليس له أن يحمل ما هو أضر من الحنطة كالملح والحديد لانعدام الرضاء فيه) لأنه يجتمع في موضع واحد فيدق ظهر الدابة . وفي المبسوط وكذا لو حمل وزن الحنطة قطناً يضمن لأنه يأخذه من ظهر الدابة فوق ما يأخذ الحنطة فكان أضر عليها من وجه، كما لو حمل عليها حطباً أو تبناً .

(وإن استأجرها ليحمل عليها قطناً سماه فليس له أن يحمل عليها مثل وزنه حديداً لأنه ربما يكون أضر بالدابة ، فإن الحديد يجتمع في موضع من ظهره ، والقطن ينبسط على

قال وإن استأجرها ليركبها فأركب معه رجلاً فعطبت ضمن نصف قيمتها ، ضمن نصف قيمتها ولا معتبر بالثقل ، لأن الدابة قد يعقرها جهل الراكب الخفيف ويخف عليها ركوب الثقيل لعلمه بالفروسية .

ظهره) إنما ذكر هذا مع كونه معلوماً مما سبق لأن ذلك كان نظير المكيل وهذا نظير الموزون .

(قال) أي القدوري (وان استأجرها ليركبها فأردف معه رجلا فعطبت ضمن نصف قيمتها) قيد بالإرداف لأنه لو ركبها وحمل على عاتقه غيره يضمن كل القيمة وإن كانت الدابة تطيق ذلك ، لأن ثقل الراكب مع الذي حمله يجتمعان في مكان واحد فيكون أشق عليها ، كما لو حملها مثل وزن الحنطة حديداً . وقيد بقوله رجلا لأنه إذا أردف صبياً يضمن قدر الفضل لأن الصبي لا يستمسك بنفسه على الدابة فكان كالمتاع ، وهذا اذا كانت الدابة تطيق ذلك ، فإن لم تطق يضمن جميع قيمتها وبه قال الشافعي وأحمد عن الشافعي يجب على المردوف نصف الضمان ، قوله (ضمن نصف قيمتها) يعني مع تمام الأجر إذا كان الهلاك بعد البلوغ إلى المقصد ثم المالك بالخيار إن شاء ضمن المستأجر فلا يرجع المستأجر على الغير سواء كان الغير مستعيراً أو مستأجراً ، وإن ضمن الرد يرجع على المستأجر إن كان الغير مستأجراً ، وإن كان الغير مستعيراً لا يرجع .

وفي تجريد القدوري استأجر دابة ليركبها فأركب غيره مع نفسه يضمن النصف سواء كان أخف أو اثقل ، وفي الفتاوى الصغرى والتتمة استأجر دابة ليركبها إلى مكان معلوم فركب وحمل مع نفسه حملا يضمن قدر الزيادة إن عطبت الدابة ، وهذا إذا لم يركب موضع الحمل بل يكون ركوبه في موضع آخر أما إذا ركب على موضع الحمل ضمن قيمة جميع الدابة ، كذا في إجارات شيخ الاسلام خواهر زادة .

(ولا معتبر بالثقل ، لأن الدابة قد يعقرها جهل الراكب الخفيف ويخف عليها ركوب الثقيل لعلمه بالفروسية) أراد بالفروسية معرفة كيفية الركوب كيف يقعد على

ولان الآدمي غير موزون فلا يمكن معرفة الوزن فاعتبر عـــدد الراكب كعدد الجناة في الجنايات .

ظهر الدابة وكيف يضم فخذيه وكيف يحط رجليه في الركب إذا كانت الدابة تركب بالركب وكيف يمسك اللجـــام والخطام ، فإن الدواب لا تطلق ولا تهلك تحت الركاب إلا من هذه الجهات .

(ولأن الآدمي غير موزون فلا يمكن معرفة الوزن) قـــال في الكافي لأن الآدمي لا يوزن بالقبان وفيه نظر ، وقد شاهدنا كثيراً من الناس وزنوا أنفسهم بالقبان ليعرفوا وزنها ولكن ينضبط هذا على ما لا يخفى (فاعتبر عدد الراكب كعدد الجنـــاة) بضم الجيم جمع جاني كالقضاة جمع قاض (في الجنايات) أراد ان الاعتبار في الجنايات المتعددة عدد الجناة لا عدد الجنايات حتى ان رجلا إذا جرح رجلا جراحة واحـدة والآخر عشر جراحات خطأ فمات فالدية بينهما أنصافاً ، لأنه ربما سلم المجروح من عشر جراحـــات ويهلك من جراحة واحدة .

وأورد شبهتان ، الأولى : أن الأجر والضمان لا يجتمعان ، وهنا قد اجتمعا ، لأنـــه وجب عليه نصف الضمان مع وجوب الآخر كما ذكرنا . الثانية : أنه لو استأجرها ليركبها بنفسه فلو أركب غيره يجب عليه كل القيمة وها هنا نصف القيمة مع أنه ركب وأركب غيره ، مع أن الضرر ها هنا أكثر والضمان يدور مع زيادة الضرر .

أجيب عن الأولى بأن انتفاء الأجر عند الضمان إذا ملكه بالضمان بطريـق الغصب ، لأن الأجر في ملكه ، وها هنا لم يملك شيئاً بهذا الضمان مما شغله بركوب نفسه وجميـــع المسمى بمقابلة ذلك ، وإنما يضمن ما شغله بركوب الغير ولا أجر بمقابلة ذلك ليسقط عنه ، لا يقال حين تقرر عليه ضمان نصف القيمة قد ملك نصف الدابة من حين ضمن فينبغي أن لا يلزمه نصف الأجر ، لأنا نقول إن الضرر ليس من قبل ثقل الراكب وخفته ، وإنما هو باعتبار العدد ، ولهذا يوزع الضمان نصفين . وعن الثانية أنه إذا أركب غيره فهو مخالـف في الكل ، وهنـــا هو موافق فيما شغله بنفسه مخالف فيما شغله بغيره . ألا ترى أنـــه لو استأجرها لركوبه لم يجب الأجر إذا حمل عليها غيره ووجب الأجر إذا ركبها وحمل مع نفسه غيره .

وإن استأجرها ليحمل عليها مقداراً من الحنطة فحمل عليها أكثر منه فعطبت ضمن ما زاد الثقل ، لانها عطبت بما هو مأذون فيه وما هو غير مأذون فيه

(وإن استأجرها ليحمل عليها مقداراً من الحنطة فحمل عليها أكثر منـــه) أي من المقدار الذي عينه (فعطبت ضمن ما زاد الثقل) بكسر الثاء وفتح القاف وهو ضد الخفة وهو اسم معنى وبالسكون الحمل وهو اسم غيره (لأنها عطبت بما هو مأذون فيه وما هو غير مأذون فيه) وقوله ما زاد الثقل مقيد بما إذا كان المزيد من جنس المسمى ، بخلاف ما إذا كان من غير جنسه كما لو استأجرها ليحمل عليها كر شعير فحمل عليها حنطـــة بمثـل ذلك الكيل فهلك ضمن جميع قيمتها . والفرق أن في الأول هو مأذون في حـــق المزيد عليه ، وفي حق الزيادة فلا يضمن لما أذن فيه . وفي الثاني تحققت المخالفة في الجميـع فيضمن ، وعند الشافعي وأحمد يضمن قيمتها كلها كما في الغصب ، لأنه متعد إذا لم يكن معها صاحبها ، وإن كان صاحبها معها فإن تلف بعد التسليم إلى صاحبها لم يضمن وإن تلف في حال الحمل ضمن .

وفي قدر الضمان قولان ، أحدهما : نصف القيمة . والثاني : أنه يسقط ومـــا قابل الزيادة يجب وإن لم يهلك يجب المسمى ، وفيا زاد أجر المثل . وعن مالك خير المالـــك بين تضمين القيمة بالتعدي وبين أجر المثل .

فإن قيل ما ذكرتم ينتقض بما إذا استأجر ثوراً للطحن به عشرة مخاتيم حنطة فطحن أحد عشر مختوماً فهلك ضمن الجميع وإن كانت الزيادة من الجنس . أجيب بأن الطحـن إنما يكون شيئاً فشيئاً فكما طحن العشرة انتهى الاذن فبعد ذلك هو مخالف في استعمال الدابة بغير الإذن فيضمن . فأما الحمل فيكون جملة واحدة فهو مأذون في بعـض مخالف في بعض فيوزع الضمان على ذلك.

وفي تتمة الفتاوى استكرى دابة ليحمل عليها عشرة مخاتيم حنطة فجعل في الجوالق عشرين مختوماً فأمر المكاري أن يحمل هو عليها فحمل هو ولم يشاركـه المستكري في الحمل لا ضمان عليه أصلاً إذا هلكت الدابة . ولو حملاه جميعاً يعني المكاري المستكري في

والسبب الثقل فانقسم عليهما . إلا إذا كان حملاً لا يطيقه مثل تلك الدابة فحينئذ يضمن كل قيمتها لعدم الإذن فيها أصلاً لخروجه عن العادة . وإن كبح الدابة بلجامها أو ضربها فعطبت ضمن عند أبي حنيفة . وقالا لا يضمن إذا فعل فعلاً متعارفاً لان المتعارف مما يدخل تحت مطلق العقد ، فكان حاصلاً بإذنه فلا يضمنه . ولابي حنيفة ان الإذن مقيد بشرط السلامة إذ يتحقق السوق بدونهما وهما

الحمل لا ضمان عليه أصلاً إذا هلكت الدابة . ولو حملاه جميعاً يعني المكاري والمستكري ووضعاه على الدابة يضمن المستكري ربع القيمة . وإن كانت الحنطة في الجولقين فحمل كل واحد منهما جولقاً ووضعاهما على الدابة جميعاً لا يضمن المستأجر شيئاً وجعل حمل المستأجر ما كان مستحقاً بالعقد .

(والسبب الثقل فانقسم عليهما إلا إذا كان حملا) بكسر الحاء (لا يطيقه مثل تلك الدابة فحينئذ يضمن كل قيمتها لعدم الإذن فيها أصلاً لخروجه عن العادة) وفي بعض النسخ لخروجه عن طاقة الدابة ، والمعروف عرفاً كالمشروط شرطاً ، وفي الشرط يضمن القيمة .

(وإذا [1] كبح الدابة بلجامها) أى جذبها إلى نفسه لتقف ولا تجري (أو ضربها فعطبت ضمن عند أبي حنيفة . وقالا لا يضمن إذا فعل فعلاً متعارفاً ، لأن المتعارف مما يدخل تحت مطلق العقد فكان حاصلا بإذنه فلا يضمنه) وبه قالت الثلاثة وإسحاق وأبو ثور . وقال صاحب العناية وفي عبارته تسامح ، لأن المتعارف مراد بمطلق العقد لا داخلا تحته . والجواب أن اللام في المتعارف للعهد ، أي الكبح المتعارف أو الضرب المتعارف ، وحينئذ يكون داخلا لا مراداً ، لأن العقد المطلق يتناوله وغيره .

(ولأبي حنيفة أن الاذن مقيد بشرط السلامة إذ يتحقق السوق بدونهما وهما) أى

---

(١) وإن – هامش .

للمبالغة ، فيقيد بوصف السلامة كالمرور في الطريق . وان استأجرها إلى الحيرة فجاوز بها إلى القادسية ثم ردها إلى الحيرة ثم نفقت فهو ضامن . وكذلك العارية

الكبح والضرب (للمبالغة فيقيد بوصف السلامة كالمرور في الطريق) فإنه مقيد بوصف السلامة . وفي الفتاوى الصغرى معلم ضرب الصبي بإذن الأب أو الوصي لم يضمن ، وهما لو ضربا يضمنان . وفي العيون المعلم والاستاذ إذا ضربا الصبي بغير إذن الأب أو الوصي ضمنا . ولو ضرباه بإذنهما لا يضمنان ، والأب والوصي إذا ضربه للتأديب فمات ضمنا عند أبي حنيفة خلافاً لهما . وفي التتمة الأصح أن أبا حنيفة رجع إلى قولهما. وفي الفتاوى الصغرى أيضاً قال أبو سليمان إذا ضرب ابنه على تعليم القرآن فمات قال أبو حنيفة تجب الدية ولا يرثه . وقال أبو يوسف لا شيء عليه ويرثه . ولو ضرب امرأته على المضجع فماتت يضمن ولا يرثها في قولهما ، لأنه ضربها لمنفعة نفسه ، بخلاف الأب مع الابن .

(وإن استأجرها إلى الحيرة) بكسر الحاء المهملة وسكون الياء آخر الحروف وفتح الراء المهملة وهي مدينة على ميل من الكوفة كان يسكنها النعمان بن المنذر (فجاوز بها إلى القادسية) وهو موضع بينه وبين الكوفة خمسة عشر ميلا (ثم ردها إلى الحيرة ثم نفقت) أي هلكت (فهو ضامن ، وكذلك العارية) أي في العارية أيضاً يضمن إذا فعل ذلك ، وبه قالت الثلاثة ، وهل يجب أجر المثل في الزيادة فعندنا وعند الثوري لا يجب ، وعند الشافعي وأحمد يجب أجر المثل في الزيادة . وحكي عن مالك إذا تجاوز بها إلى مسافة بعيداً خير صاحبها بين أجر المثل وبين المطالبة بقيمتها يوم التعدي وقد طعن عيسى بن إبان وقال إلحاق الاجارة بالعارية كما ذكره في الكتاب غير مستقيم لما أن يد المستأجر كيد المالك حتى يرجع بما لحقه من الضمان على المالك كما في الوديعة ، وهذا مؤنة الرد على المالك . بخلاف العارية حيث لا يرجع المستعير على المالك بشيء .

أجيب عن هذا بأن يد المستأجر يد نفسه لأنه قبضه لمنفعة نفسه كالمستعير ، ولكن

وقيل تأويل هذه المسألة إذا استأجرها ذاهباً لا جائياً لينتهي العقـــد بالوصول إلى الحيرة فلا يصير بالعود مردوداً إلى يد المالك معنى . أما إذا استأجرها ذاهباً وجائياً يكون بمنزلة المودع إذا خالف ثم عاد إلى الوفاق . وقيل الجواب يجري على الإطلاق ، والفرق أن المودع

رجوعه بالضمان للغرور المتمكن بعقد المعاوضة ، وذلك لا يدل على أن يده ليست كيـد نفسه كالمشتري يرجع بضمان المغرور .

فإن قيل لو استأجرت امرأة ثوباً لتلبسه أياماً فلبست ليلاً كانت ضامنـــة . ثم إذا جاء النهار برئت عن الضمان فعلم أن المستأجر إذا عاد إلى الوفاق يبرأ المرأة الضمان . قلنا وجوب الضمان عليها لاستعمال دون اليد ، فإن لها أن تمسكه بالليل والنهار وقـد انعدم الاستعمال الذي لم يتناوله العقد بمجيء النهار . وها هنا وجوب الضمان صح باعتبار إمساك الدابة بعد المجاوزة بدليله أنه لو لم يركبها فهلكت يضمن ، والامساك وإن أعادهـــا إلى الحيرة يزول بالرد على المالـــك أو إلى على نحو قائم مقامه ولم يوجد ، كذا ذكره المحبوبي .

(وقيل تأويل هذه المسألة) أشار بهذا إلى بيان اختلاف المشايخ في معنى وضـــع المسألة المذكورة فمنهم من قال تأويلها (إذا استأجرها ذاهباً لا جائياً لينتهي العقـــد بالوصول إلى الحيرة فلا يصير) أي الدابة (بالعود) من القادسية إلى الحيرة (مردوداً إلى يد المالك معنى) فإنه لما كان مودعاً معنى فهو نائب المالك والرد إلى النائـــب رد إلى المالك معنى (أما إذا استأجرها ذاهباً وجائياً يكون بمنزلة المودع) بفتـح الدال (إذا خالف ثم عاد إلى الوفاق) حيث يخرج عن الضمان .

(وقيل الجواب يجري على الإطلاق) يعني سواء استأجرها ذاهباً لا جائياً ، أو ذاهباً وجائياً فإنه لا يبرأ بالعود عن الضمان ، لأن بالمجاوزة صار غاصباً ودخلت الدابة في ضمانه والغاصب لا يبرأ عن الضمان إلا بالرد على المالك أو على نائبه ولم يوجد ، لأن محمداً لم يفصل في الجامع الصغير في الجواب بل أطلق ، وقال هو ضامن من غير قيد (والفرق) يعني بين

مأمور بالحفظ مقصوداً فيبقى الأمر بالحفظ بعد العود إلى الوفـــاق فحصل الرد إلى يد نائب المالك . وفي الإجارة والعارية يصير الحفظ مأموراً به تبعاً للإستعمال لا مقصوداً ، فإذا انقطع الاستعمال لم يبق هو نائباً فلا يبرأ بالعود ، وهـــذا أصح ومن اكترى حماراً بسرج فنزع ذلـك السرج وأسرجه بسرج يسرج بمثله الحمر فـلا ضمان عليه ، لأنه إذا كان يماثل الأول يتناوله إذن المالك ، إذ لا فائدة في التقييد بغيره ،

الوديعة وبين الإجارة والعارية (أن المودع مأمور بالحفظ مقصوداً فبقي الأمر بالحفظ بعد العود إلى الوفاق فحصل الرد إلى يـد نائب المالك) أراد نائب المالك هو المودع بنفسه ، لأنه نائبه في الحفظ لقيام الأمر مطلقاً ، فإذا عادا إلى الوفاق حصل إلى نائب المالك فبرىء من الضمان .

(وفي الإجارة والعارية يصير الحفظ مأموراً به تبعاً للإستعمال لا مقصوداً ، فـــإذا انقطع الاستعمال) بالتجارة عن الموضع المسمى (لم يبق هو نائباً) أي المستأجر أو المعير (فلا يبرأ بالعود) أي فلا يبرأ عن الضمان بالعود إلى الوفاق .

فإن قيل غاصب الغاصب إذا رد المغصوب على الغاصب فإنه يبرأ وإن لم يوجد الرد على المالك أو نائبه . أجيب بأنا نزيد في المأخوذ فنقول يبرأ بالرد إلى أحـد هذين أو إلى من لم يوجد منه سبب ضمان يرتفع بالرد عليه ، كذا في الفوائد الظهيرية .

(وهـــذا) أي الأجر على الإطلاق (أصح) من التفصيل في الجواب . وفي الكافي وقيل الأول أصح .

(ومن اكترى حماراً بسرج فنزع السرج وأسرجه بسرج يسرج بمثله الحمر فلا ضمان عليه ، لأنه إذا كان يماثل الأول) أي البيع ، السرج الثاني إذا كان مثل السرج الأول (يتناوله إذن المالك إذ لا فائدة في التقييد بغيره) أي من حيث المنع ، أي لا فائدة في القول بأن هذا

إلا إذا كان زائداً عليه في الوزن فحينئذ يضمن الزيادة . وإن كان لا يسرج بمثله الحمر يضمن ، لأنه لم يتناوله الإذن من جهته فصار مخالفاً . وإن أوكفه بإكاف لا يوكف بمثله الحمر يضمن لما قلنا في السرج ، وهذا أولى . وإن أوكفه بإكاف يوكف بمثله الحمر ضمن عند أبي حنيفة .

مقيد بأن لا يسرج بغير هذا السرج الذي عينه صاحبه إذا كان غيره يماثله . وفي بعض النسخ في التقييد بعينه وهو واضح . قال الكاكي، والأولى في اللفظ هنا أن يقال بعينه . وقال الأترازي قوله في التقييد بغيره ، أي في تقييد الضمان بغير ذلك السرج . ولو قيل بعينه كان أولى في تقييد الإذن بغير ذلك السرج ، لأنه وما يماثله سواء فلم يفد التقييد . قلت فكأنما ما وقفا على كون هذه نسخة ، فلذلك قال هذا القول .

(إلا إذا كان زائداً عليه في الوزن) استثناء من قوله فلا ضمان عليه ، يعني ضمن إذا كان السرج الثاني زائداً على الأول ثم بين كيفية الضمان بقوله (فحينئذ يضمن الزيادة) لانه من جنس المسمى . قال تاج الشريعة هذا إنما يستقيم إذا كان الهلاك من السرج الثاني .

(وإن كان لا يسرج بمثله الحمر) بأن سرجه بسرج البرذون (يضمن) القيمة كلها (لأنه لم يتناوله الإذن من جهته فصار مخالفاً) فيضمن (وإن أوكفه بإكاف لا يوكف بمثله الحمر يضمن لما قلنا في السرج وهذا أولى) أي الضمان ها هنا أولى من الضمان فيما إذا أسرجه بسرج لا يسرج بمثله الحمر ، لأن السرج من جنس السرج والاكاف ليس من جنس السرج ، ولأنه أثقل بالنسبة إلى السرج .

(وإذا أوكفه بإكاف يوكف بمثله الحمر ضمن عند أبي حنيفة) ولم يبين مقدار المضمون اتباعاً لرواية الجامع الصغير ، لأنه لم يذكر فيه أنه ضامن لجميع القيمة ، ولكن قال هو ضامن . وذكر في الاجارات يضمن بقدر ما زاد فمن مشايخنا من قال ليس في المسألة روايتان ، وإنما المطلق محمول على المفسر ، ومنهم من قال فيها روايتان في رواية الاجارات يضمن بقدر ما زاد . وفي رواية الجامع الصغير يضمن جميع القيمة . قال شيخ الاسلام وهذا أصح .

وقالا يضمن بحسابه لأنه إذا كان يوكف بمثله الحمر كان هو والسرج سواء فيكون المالك راضياً به ، إلا إذا كان زائداً على السرج في الوزن فيضمن الزيادة لأنه لم يرض بالزيادة ،

(وقالا يضمن بحسابه) وهو رواية عن أبي حنيفة وتكلموا في معنى هذا فقيل المراد المساحة ، حتى لو كان السرج يأخذ من ظهر الدابة قدر شبرين ، والاكاف قدر أربعه أشبار يضمن نصف قيمتها . وقيل بحسابه في الثقل والخفة ، حتى لو كان وزن السرج منوين ، والاكاف ستة امناء يضمن ثلثي قيمتها . وقال الحاكم في الكافي ولو تكارى حماراً عرياناً فأسرجه وركبه فهو ضامن له . وقال الكرخي في مختصره ولو اكترى حماراً عرياناً فأسرجه ثم ركبه كان ضامناً . وقال الاسبيجابي في شرح الكافي وهذا إذا كان حماراً لا يسرج مثله عادة ، أما إذا كان يسرج ويركب بالسرج فلا ضمان عليه ، لأن المقصود هو الركوب والسرج آلة ، فلا يختلف بوضع السرج عليه .

وقال القدوري في شرحه لمختصر الكرخي وقد فصل أصحابنا هذا وقالوا استأجره ليركب إلى خارج المصر لم يضمن، لأن الحمار لا يركب من بلد إلى بلد بغير سرج ولا إكاف، فلما أجره كذلك فقد أذن له من طريق المعنى . وقالوا وإن استأجر ليركبه في المصروهو من ذوي الهيئات فله أن يسرجه ، لأن مثله لا يركب بغير سرج ، وإن كان من دون الناس فأسرجه ضمن ، لأن مثله يركب في البلد بغير سرج ، ثم إذا ضمن يضمن جميع القيمة أو بقدر ما زاد ، لأنه ذكر الضمان مطلقاً . قال فخر الدين قاضي خان في شرح الجامع الصغير اختلفوا فيه والصحيح أنه يضمن جميع القيمة . وقال الأترازي ينبغي أن يكون الأصح ضمان قدر الزيادة لأنه استأجر عرياناً فأسرجه فكان السرج كالحمل الزائد على الركوب . وقال الكرخي في مختصره إن لم يكن عليه لجام فألجمه فلا ضمان عليه إذا كان مثله يلجم بذلك اللجام ، وكذلك إن أبدله وذلك لأن الحمار لا يختلف باللجام وغيره ولا يتلف به فلم يضمن بإلجامه .

(لأنه إذا كان يوكف بمثله الحمر كان هو والسرج سواء ، فيكون المالك راضياً به ، إلا إذا كان زائداً على السرج في الوزن فيضمن الزيادة ، لأنه لم يرض بالزيادة) فكان

فصار كالزيادة في الحمل المسمى إذا كانت من جنسه . ولأبي حنيفة « رح » ان الإكاف ليس من جنس السرج لأنـــه للحمـل والسرج للركوب ، وكذا ينبسط أحدهما على ظهر الدابـة ما لا ينبسط عليه الآخر فيكون مخالفاً ، كما إذا حمل الحديد وقد شرط له الحنطة . وإن استأجر حمالاً ليحمل له طعاماً في طريق كذا فأخذ في طريق غيره يسلكه الناس فهلك المتاع فلا ضمـــان عليه . وإن بلغ

متعدياً فيها فيضمنها (فصار كالزيادة في الحمل المسمى إذا كانت من جنسه) أي فصار حكم الزيادة في السرج كحكم الزيادة في الحمل المسمى بأن قال خمسون بأن كان المسمى حنطة فإنه يضمن الزيادة .

(ولأبي حنيفة أن الاكاف ليس من جنس السرج لأنه للحمل) بفتح الحاء (والسرج للركوب ، وكذا ينبسط أحدهما على ظهر الدابة ما لا ينبسط عليه الآخر) أراد أن الاكاف ينبسط أكثر مما ينبسط السرج (فيكون مخالفاً كما إذا حمل الحديد وقد شرط له الحنطة) أي والحال أنه قد شرط للحمل الحنطة . قال صاحب العناية فيه نظر ، لانـه عكس ما نحن فيه من المثال ، إلا إذا جعل ذلك للمخالفة فقط من غير نظر إلى الانبساط وعدمه . قلت ليس فيه عكس ، لأن الحديد قدر وزن الحنطة المشروطة لا تأخذ من ظهر الدابة قدر ما تأخذ الحنطة ، وهذا ظاهر على أن هـــذا التشقية والتشبيه لا عموم له فلا حاجة إلى النظر .

والجواب عنه (وإن استأجر حمالاً ليحمل له طعاماً في طريق كذا فأخذه في طريق غيره يسلكه الناس) أي غير الطريق الذي عينه المستأجر ، هذه جملة في محل الجر لأنها صفة لقوله في طريق غيره . قيد بها لأنه إذا كان لا يسلك الناس فيه يضمن (فهلك المتاع فلا ضمان عليه) لعدم مراده التقييد (وإن بلغ) بالتشديد ، كذا السماع من المشايخ ، أي

فله الأجر . وهـــذا إذا لم يكن بين الطريقين تفاوت ، لأن عند ذلك التقييد غير مفيد . أما إذا كان تفاوت يضمن لصحة التقييد فإنه تقييد مفيد ، إلا أن الظاهر عـــدم التفاوت إذا كان طريقاً يسلكه الناس فلم يفصل . وإن كان طريقاً لا يسلكه الناس فهلك ضمن لأنه صح التقييد فصار مخالفاً . وإن بلغ فله الأجر لأنه ارتفع الخلاف معنى وإن بقي صورة

فان بلغ الحمال المتاع ذلك الموضع الذي اشترط أن يحمل إليه وتجوز التخفيف والتأويل (فله الأجر) لحصول المقصود (وهذا) أي هذا الذي ذكرناه من عدم الضمان ووجوب الأجر (إذا لم يكن بين الطريقين تفاوت ، لأن عند ذلك) أي عنـــد عدم التفاوت (التقييد غير مفيد ، أما إذا كان تفاوت) أي التفــاوت ، وهو أن يكون الذي سلكه وعراً وأخوف (يضمن لصحة التقييد فانه تقييد مفيد) لأنه إنما قيد ليحفظ متاعه ،فاذا خالفه صار متعدياً فيضمن وإن بلغ إليه المكان مع ذلك فله الأجر لحصول المقصود ،كذا في الفوائد الظهيرية .

(إلا أن الظاهر) هذا جواب إشكال يرد على التفصيل ، تقريره أن يقال أن محمداً أطلق الرواية بأنه لا ضمان عليه فيما إذا أخذ في الطريق الذي يسلكه الناس ولم يقيد فما هذا التفصيل ، فأجاب بقوله إلا أن الظاهر (عدم التفاوت إذا كان طريقاً يسلكه الناس فلم يفصل) يعني بين الطريقين بالتفاوت (وإن كان طريقاً لا يسلكه الناس فهلك ضمن ، لانه صح التقييد فصار مخالفاً) صورة ومعنى فيضمن (وإن بلغ) بالتشديد يعني وإن بلغ الحمال المتاع ذلك الموضع الذي عينه ، ويجوز بالتخفيف على إسناد الفعل إلى المتاع ، يعني إن بلغ المتاع إلى المكان الذي عينه مع سلوكه في الطريق الذي لا يسلكه النـاس (فله الاجر لانه ارتفع الخلاف) أراد به مخالفة المستأجر (معنى) أي من حيث المعنى لحصول غرض المستأجر (وإن بقي) الخلاف (صورة) أي من حيث الصورة ، وذلك لانه سلك غير ما عينه .

وإن حمله في البحر فيما يحمله الناس في البر ضمن لفحش التفاوت بين البر والبحر ، وإن بلغ فله الأجر لحصول المقصود وارتفاع الخلاف معنى . ومن استأجر أرضاً ليزرعها حنطة فزرعها رطبة ضمن مـا نقصها ، لأن الرطاب أضر بالأرض من الحنطة لانتشار عروقها فيها وكثرة الحاجة إلى سقيها فكان خلافاً إلى شر فيضمن ما نقصها ، ولا أجر له لأنه غاصب للأرض على ما قررناه . ومن دفع إلى خياط ثوباً ليخيطه قميصاً بدرهم فخاطه قباء فإن شاء ضمنه قيمة الثوب ، وإن شاء أخـذ القباء

(قال وإن حمله في البحر) والحال انه أمره بالمسير في البر (فيما يحمله الناس في البر) أراد حمله في الطريق في البحر يحمل الناس فيه (ضمن لفحش التفاوت بين البر والبحر) حتى أن للمودع ان يسافر بالوديعة من طريق البر دون البحر (وإن بلغ) يعني المكان الذي عينه مع حملانه في البحر (فله الأجر لحصول المقصود) وهو بلوغ ذلـك الشيء إلى الموضع الذي عينه (وارتفاع الخلاف معنى) دون صورة وهو ذهابه في غير الطريق الذي عينه ولكن هذا الخلاف غير معتبر بعد حصول المقصود .

(ومن استأجر أرضاً ليزرعها حنطة فزرعها رطبة ضمن مـا نقصها) بلا خلاف بين أهل العلم (لأن الرطاب أضر بالأرض من الحنطة لانتشار عروقها فيهـا وكثرة الحاجة إلى سقيها ، فكان خلافاً إلى شر فيضمن ما نقصها ولا أجر له) أي للمستأجر على المؤجر ،لأن الأجر والضمان لا يجتمعان (لأنه غاصب للأرض) وعند الشافعي وأحمد رب الأرض مخير بين أخذ الأجر وما نقصت الأرض ، وبين أخذ أجر المثل للجميع . وعن أحمد عليه أجر المثل كالغاصب (على ما قررناه) إشارة إلى قوله لأن الرطاب أضر بالأرض .

(ومن دفع إلى خياط ثوباً ليخيطه قميصاً بدرهم فخاطه قباء فإن شاء ضمنه قيمـة الثوب) ويكون القباء للخياط ، لأنه ملك الثوب بأداء الضمان (وإن شاء أخذ القبـاء

وأعطاه أجر مثله ولا يجاوز بـه درهماً . قيل معنـــاه القرطق الذي هو ذو طلـق واحـــد لانـه يستعمل استعمال القبـاء . وقيـــل هو مجري على إطلاقه لأنهما يتقاربان في المنفعة ، وعن أبي حنيفة أنه يضمن من غير خيار ، لأن القباء خلاف جنس القميص .

وأعطاه أجر مثله ولا يجاوز به درهما) لان المنافع عندنا لا تتقوم إلا بالعقد ، وليس فيما وراء المسمى عقد كما لو شرط على النساج أن ينسجه صفيقاً فحاكه رقيقـاً أو على العكس حيث يلزمه أجر مثله لا يجاوز به ما سمى (قيل معناه) أي المرادعن القباء هو (القرطق الذي هو ذو طاق واحد) وهو تعريب – كرتـــه وبك تاهي – والقرطق الذي يلبسه الاتراك مكان القميص ، يقال له بالفارسية – بكهتي – .

وقال الاترازي وكان سماعنا بفتح الطا في القرطق ، وهكذا كان تصحيح الإمام حافظ الدين الكبير البخاري ، ولكن حفظناه في كتاب مقدمة الادب سماعاً من الثقـات بضم الطاء ، ولهما وجه ، لانه لما كان معرباً تلاعبت به الالسنة كما شاءت . قلت ينبغي أن يكون بالفتح ، لانه تعريب – كرته – كما ذكرنا وهو مفتوح التاء ، فلما عربوه قلبوا التاء طاء ، ولا يلزم منه تغيير الحركة أيضاً فافهم . وفي المغرب القرطق ذو طـــاق واحد . وقال الإمام ظهير الدين القميص إذا قد من قبل كان قباء طاق ، وإذا خيط جانبـاه كان قميصاً ، وهو المراد من القرطق ، كذا في الحياوتة (لانه يستعمل استعمال القباء) أي لان القرطق يستعمل استعمال القباء ، لانه يلبس مثل ما يلبس القباء ويدخل اليدان في الكمين فيه كما في القباء .

(وقيل هو مجري على إطلاقه) أي القباء مجري على إطلاقـــه من غير أن يأذن أن معناه القرطق (لانهما) أي لان القميص والقباء (يتقاربان في المنفعة) أي في منفعـــة اللبس من دفع الحر والبرد وستر العورة .

(وعن أبي حنيفة أنه يضمن من غير خيار) لصاحب الثوب ، وهذه الرواية رواها الحسن عن أبي حنيفة وهي قياس قول الثلاثة (لان القباء خلاف جنس القميص) فكان

وجـــه الظاهر أنه قميص من وجه لأنه يشد وسطه وينتفع به انتفاع القميص فجاءت الموافقة والمخالفة فيميل إلى أي الجهتين شاء إلا أنه يجب أجر المثل لقصور جهة الموافقة ، ولا يجاوز به الدراهم المسمى كما هو الحكم في سائر الإجارات الفاسدة على ما نبينه في بابه إن شاء الله تعالى . .

مخالفاً من كل وجه ، فكان غاصباً من كل وجه وحكم الغاصب من كل وجه هذا .

(ووجه الظاهر) أي ظاهر الرواية (أنه) أي القباء (قميص من كل وجه ، لانه يشد وسطه وينتفع به انتفـــاع القميص) من دفع الحر والبرد وستر العورة (فجاءت الموافقة والمخالفة) الموافقة من حيث أن القباء يشبه القميص من الوجه المذكور . وأمـا المخالفة فظاهرة لانه أمره قميصاً وخاطه قباء (فيميل) أي إذا كان الامر كذلك فيميل صاحب الثوب (إلى أي الجهتين شاء) فإن مال إلى الخلاف ضمنه قيمة ثوبه وترك القبـاء عليه . وإن مال إلى الوفاق أخذ الثوب وأعطاه أجر مثله ، وهو معنى قوله (إلا انـه يجب أجر المثل لقصور جهة الموافقة) لانه ما رضي بهذه الصفة وإنما رضي بتلك الصفـة المخصوصة . ألا ترى أنه لو خاطه قميصاً مخالفاً لمـــا وضعه لم يجب المسمى لفوت وصف يقابله المسمى ، فهنا أحق .

(ولا يجاوز به الدراهم المسمى ، كما هو الحكم في سائر الإجارات الفاسدة على ما نبينه في بابه إن شاء الله تعالى) وعند الثلاثة يجب أجر المثل بالغاً ما بلغ .

ثم اعلم أن هـــذا كله إذا تصادق على الامر بخياطة القميص . ولو قـال رب الثوب أمرتك بخياطة القميص . وقال الخياط بل أمرتني بخياطة القباء فالقول لرب الثوب، وبه قال مالك وأحمد وابن أبي ليلى وأبو ثور . وعن أحمد في رواية القول للخياط . واختلف أصحاب الشافعي ، فمنهم من قال في المسألة قولان كالمذهبين ، ومنهم من قال الصحيح أن القول لرب الثوب . ومنهم من قال إنهما يتحالفان كالمتبايعين يختلفان في الثمن ، فإن أقاما البينة فالبينة بينة الخياط. وإن اختلفا في الأجر فالقول للمالك لانه منكر الزيادة والبينة

ولو خاطه سراويل وقد أمر بالقباء قيل يضمن من غير خيار للتفاوت في المنفعة ، والأصح أنه يخير للإتحاد في أصل المنفعة ، وصار كما إذا أمر بضرب طست من شبه فضرب منه كوزاً فإنه يخير ، كذا هذا .

بينة الخياط ، لانها تثبت الزيادة .

(ولو خاطه سراويل وقد أمر بالقباء) أي والحال أنه قد أمر بخياطة القباء (قيل يضمن من غير خيار للتفاوت في المنفعة) وبه قالت الثلاثة (والاصح انه يخير) إن شاء ضمن الخياط قيمة الثوب ولا أجر عليـــه . وإن شاء أخذ المخيط وأعطاه أجر مثله ولا يجاوز به المسمى (للاتحاد في أصل المنفعة) أي منفعة اللبس وستر العورة (وصار) أي حكم هذه المسألة (كما إذا أمر بضرب طست من شبه) بفتح الشين المعجمة والباء الموحدة وهو ضرب من النحاس . قال أبو عمر والطست والطستة والطس لغات في الطست والجمع طسوس وطساس وطسس وطسات ، قال أبو عبيد عن أبي عبيد الطست معربة (فضرب منه كوزاً فانه) أي فان الامر (يخير) بين أن يأخذ الكوز وإعطاءه أجر مثله ، وبين أن يضمن المأمور قيمة الشبه ولا أجر عليه (كذا هـــذا) أي فيما إذا خاطه سراويل وقد أمر بالقباء .

وقال شمس الائمة البيهقي في الكفاية قالوا لو قطعه سراويل لم يجب له أجره إلا أن الرواية تخالف هذا . وقال في الإيضاح كانوا يقولون لو قطعه سراويل لم يجب له أجر من المنفعة فلم يوجد المعقود عليه . قال والرواية تخالف هذا ، فإنه روي عن محمد أنه لو دفع شبهاً إلى رجل ليضرب له طست إلى آخر ما ذكره المصنف .



باب الاجارة الفاسدة

قال الإجارة تفسدها الشروط كما تفسد البيع ، لأنه بمنزلته، ألا ترى أنه عقد يقال ويفسخ

(باب الاجارة الفاسدة)

عقبها بالصحيحة لانها تأخذ الحكم منها ، وتأخيرها عن الصحيحة إيقاعها في محلها[1].

(قال) أي القدوري (الإجارة تفسدها الشروط) المخالفة لمقتضى العقد كما لو استأجر رحى ماء على أنه إن انقطع ماؤه فالاجر عليه ، وكذا لواشترط تطيين الدار ومرمتها أو تعليق باب عليها أو إدخال جذع في سقفها على المستأجر ، وكذلك اشتراط كرى نهرفي الارض أو ضرب مسنات عليها أو حفر بئر فيها أو ان تصرفها على المستأجر لانه جعل هذه الاعمال من جملة الاجر وانها مجهولة غير معلومة ، وجهالة بعض الاجر توجب جهالة الباقي فتفسد به الإجارة (كما تفسد البيع لانه) أي لان الإجارة والتذكير باعتبار العقد (بمنزلته) أي بمنزلة البيع .

(ألا ترى انه عقد يقال ويفسخ) كما ان البيع كذلك وقوله يقال من الإقالة لا من القول ، فإذا كانت مثل القول تفسد بالشروط ، لأنها مبنية على المضايقة والمماكسة ، فالإشتراط يكون مفضياً إلى المنازعة كالبيع ، ألا ترى أن النكاح لا يفسد بالشروط لما انه بني على المسامحة وأراد بالشروط شروطاً لا يقتضيها العقد لا كل شرط كما في البيع . ولهذا لو استأجر دابة إلى بغداد بشرط أن يعطيه الأجرة إذا رجع من بغداد صح وليس له المطالبة بالأجر إلى أن يرجع ، إلا إذا مات ببغداد فحينئذ له أن يأخذ أجر الذهاب ، وكذا لو استأجر رجلاً ليعمل له هذا العمل بدر وشرط عليه أن يفرغ منه اليوم جاز

---

(١) محكمها ـ هامش .

والواجب في الإجارة الفاسدة أجر المثل لا يجاوز بـــه المسمى .
وقال زفر والشافعي « رح » يجب بالغاً ما بلغ اعتباراً ببيع الأعيان .
ولنا أن المنافع لا تتقوم بنفسها بل بالعقد لحاجة النـــاس فيكتفى بالضرورة في الصحيح منها ،

بالإتفاق . بخلاف مـــا لو استأجر ليعمل هذا العمل اليوم عند أبي حنيفة ، كذا في الفتاوى الصغرى .

(والواجب في الإجارة الفاسدة أجر المثل لا يجاوز به المسمى) هـذا إذا كان فساد الإجارة بسبب شرط فاسد ، لا باعتبار جهالة المسمى ولا باعتبار عدم التسمية ، لأنـه لو كان باعتبار واحد منها يجب الأجر بلغ ما بلغ ، ذكره في المغني والذخيرة وفتاوى قاضي خان . وقال تاج الشريعة قوله لا يجاوز به المسمى ، أي إلا إذا كان المسمى مجهولاً نحو ما إذا استأجره على دابة أو ثوب أو أجر منه داراً ليسكنها بعشرة على أن يعمرها ويؤدي نوابها فإنه ثمة يجب أجر المثل بالغاً ما بلغ .

(وقال زفر والشافعي رحمهما الله يجب بالغاً ما بلغ) أي يجب أجر المثل حال كونه بالغاً ما بلغ . وقوله ما بلغ مفعول بالغاً ، وبه قال مالك وأحمد (اعتباراً ببيع الأعيان) أي معتبرين اعتباراً بيع المنافع ببيع الأعيان ، فإن البيع إذا فسد وجبت القيمة بالغة ما بلغت ، وهذا بناء على أن المنافع عندهم كالأعيان .

(ولنا أن المنافع لا تتقوم بنفسها) لأن التقويم يستدعي الإحراز وما لا يبقى كيف يحرز (بل بالعقد) أي بل يتقوم بالعقد ، يعني صارت متقومة شرعاً بالعقد (لحاجة الناس إليها) أي لأجل حاجة الناس إلى الإجارة التي هي بيع المنـــافع . حاصل الكلام أن المنافع اعراض لابقائها ، فكما توجد تتلاشى ، ولا قيمة لها ، ولكنها تقومت بعقد الاجارة لضرورة دفع الحاجة عن الناس ، والثابت بالضرورة يتقدر بقدر الضرورة ، وهو معنى قوله (فيكتفى بالضرورة في الصحيح منها) يعني إذا كان الأمر كذلك يكتفى بالضرورة في العقد الصحيح من الإجارة ، لأن الضرورة تتقدر بقدر الضرورة وهي تندفع بالإجارة الصحيحة ، فيكتفى بها .

إلا أن الفاسد تبع له فيعتبر ما يجعل بدلاً في الصحيح عادة لكنهما إذا اتفقا على مقدار في الفاسد فقد أسقطا الزيادة ، وإذا نقص أجر المثل لم يجب زيادة المسمى لفساد التسمية ، بخلاف البيع ، لأن العين متقوم في نفسه وهو الموجب الأصلي ، فإن صحت التسمية انتقل عنه

(إلا أن الفاسد تبع له) هذا جواب عما يقال ينبغى أن لا يجب أجر المثل في الفاسد لعدم الضرورة. فأجاب بأن الفاسد تبع للصحيح فيثبت فيه ما يثبت في الصحيح باعتبار أنه تبعه ، والاعتبار للأصل لا للتبع ، فصار كأنه لا وجود للفاسد (فيعتبر ما يجعل بدلاً في الصحيح عادة) هذا من تتمة الجواب ، أى يعتبر في الإجارة الفاسدة ما يجعل به لا في العقد الصحيح عادة ، وهو قدر أجر المثل (لكنهما إذا اتفقا على مقدار في الفاسد فقد أسقطا الزيادة) هذا ايضاً جواب عما يقال ينبغى على ما ذكرتم أن يجب أجر المثل بالغاً ما بلغ ، فأجاب بقوله لكنهما ، أى لكن المتعاقدين إذا اتفقا على مقدار معين في العقد الفاسد فقد أسقط الزيادة على المقدار المعين لتراضيهما بالتسمية على ذلك .

(وإذا نقص أجر المثل لم يجب زيادة المسمى لفساد التسمية) هذا ايضاً جواب عما يقال لما سقطت الزيادة في الفاسدة باتفاقهما على مقدار كان ينبغى أن يجب الأجر المسمى بالغاً ما بلغ . فأجاب بقوله وإذا نقص أجر المثل عن المسمى لم تجب الزيادة على المسمى لأجل فساد التسمية ، واستقرار الواجب على ما هو الأقل من أجر المثل والمسمى .

(بخلاف البيع) جواب ايضاً عما يقال ينبغي أن لا يعتبر تراضيهما في سقوط الزيادة كما في البيع الفاسد ، فأجاب بقوله بخلاف البيع (لأن العين متقوم في نفسه) يعني بالأصالة بلا ضرورة (وهو الموجب الأصلي) أى القيمة هو الموجب الأصلي ، وذكر الضمير لتذكير الخبر (فإن صحت التسمية) في البيع (انتقل عنه) أى عن الموجب الأصلي الذي هو القيمة إلى المسمى لصحة التسمية ، والضمير في انتقل يرجع إلى الواجب الذي دل عليه قوله هو الموجب الأصلي وهو أقرب من قول الكاكى انتقل إلى التسمية على تأويل

وإلا فلا . ومن استأجر داراً كل شهر بدرهم فالعقد صحيح في شهر واحد فاسد في بقية الشهور ، إلا أن يسمي جملة شهور معلومة ، لأن الأصل أن كلمة كل إذا دخلت فيما لا نهاية له تنصرف إلى الواحد لتعذر العمل بالعموم ، وكان الشهر الواحد معلوماً فصح العقد فيه .

ذكر التسمية ، وكذا من قول الأترازي أي انتقل البدل عن الموجب الأصلي الى المسمى (وإلا فلا) أى وإن لم تصح التسمية فلا ينتقل الواجب على الموجب الأصلي الذي هو القيمة.

وفي شرح الطحاوي في الإجارة الفاسدة لا يجب الأجر إذا لم ينقطع بها عندنا وأحمد وعند الشافعي ومالك يجب أجر المثل بالتمكن ومن الاستيفاء كالصحيح . ولو استأجر شيئاً ثم أجره قبل قبضه لا يجوز بلا خلاف . وقيل يجوز في العقار عند أبي حنيفة . وإن أجره بعد القبض يجوز بلا خلاف . فلو كانت اجرة الثانية اكثر لا يطيب له الفضل عندنا والثوري والشعبي والنخعى وابن المسيب واحمد في رواية . وقال الشافعى واحمد في آخره وابو ثور وعطاء والحسن والزهري يطيب له .

(ومن استأجر داراً كل شهر بدرهم فالعقد صحيح في شهر واحد ، فاسد في بقية الشهور إلا أن يسمى جملة شهور معلومة) بأن يقول عشرة أشهر كل شهر بدرهم ، وبه قال الشافعي في الأجل . واختاره الاصطخري واحمد . وقال الشافعي في الإصح الإجارة باطلة . وقال مالك الأجارة صحيحة ، وكلما يمضي شهر استحق الأجرة ، لأن الإجارة لا تكون لازمة عنده ، لأن المنافع مقدرة بتقدير الأجر فلا يحتاج إلى ذكر المدة .

(لأن الأصل أن كلمة كل إذا دخلت فيما لا نهاية له تنصرف إلى الواحد لتعذر العمل بالعموم) لأن جملة الشهور مجهولة والبعض منها غير محصور ، وترجيح البعض من الشهور المتوسط بين الأدنى والجمع ترجيح بلا مرجح ، والواحد منها معلوم متيقن يصح العقد فيه ، وهو معنى قوله (فكان الشهر الواحد معلوماً فصح العقد فيه) أي في الشهر الواحد.

وإذا تم كان لكل واحد منهما أن ينقض الإجارة لانتهاء العقد الصحيح. فلو سمى جملة شهور معلومة جاز، لان المدة صارت معلومة. قال فإن سكن ساعة من الشهر الثاني صح العقد فيه، وليس للمؤاجر أن يخرجه إلى أن ينقضي، وكذلك كل شهر يسكن في أوله، لانه تم العقد بتراضيهما بالسكنى في الشهر الثاني، إلا أن الذي ذكره في الكتاب هو القياس وقد مال إليه بعض المشايخ،

فإن قيل إذا كان العقد فاسداً في بقية الشهور لكان الفسخ جائزاً في الحال، أجيب بان الإجارة من المعقود والمضافة وانعقاد الإجارة في أول الشهر فقبل الانعقاد وكيف يفسخ.

(وإذا تم) أى الشهر (كان لكل واحد منهما ان ينقض الإجارة لانتهاء العقد الصحيح) الذي كان في شهر واحد ثم إذا فسخ أحدهما الإجارة من غير محضر الأخير هل يصح، قال بعض المشايخ على قول أبي يوسف يصح، وعلى قولهما لا يصح. وقال بعضهم لا يصح إلا بحضرة صاحبه بالاتفاق، كذا في الذخيرة (فاذا سمى جملة شهور معلومة جاز لأن المدة صارت معلومة) فارتفعت الجهالة، ويجوز في معلومه الأولى الوجهان النصب على الحال من الشهور، والجر على الوصفية.

(قال) أى القدوري (فان سكن ساعة من الشهر الثاني صح العقد فيه) لأن التراضي منها جرى مجرى ابتداء العقد كالبيع بالتعاطي، وبه قال احمد خلافاً للشافعي (وليس للمؤاجر أن يخرجه إلى أن ينقضى) أى الشهر، والكلام في المؤاجر قد مر مرة (وكذلك كل شهر يسكن في أوله، لأنه تم العقد بتراضيهما بالسكنى في الشهر الثاني) أى كذلك يصح العقد في كل شهر يسكن في أوله ويتم اجراً (إلا ان الذي ذكره في الكتاب) أى القدوري (هو القياس وقد مال إليه بعض المشايخ) من المتأخرين، لأن رأس كل شهر في الحقيقة هو الساعة التي يهل فيها الهلال فاذا هل مضى رأس الشهر فلا يمكن الفسخ.

وظاهر الرواية أن يبقى الخيار لكل واحد منهما في الليلة الاولى من الشهر الثاني ويومها ، لان في اعتبار الاول بعض الحرج

وإن استأجر داراً سنة بعشرة دراهم جاز وإن لم يبين قسط كل شهر من الاجرة ،

(وظاهر الرواية ان يبقى الخيار لكل واحد منهما في الليلة الأولى من الشهر الثاني ويومها ، لأن في اعتبار الأول بعض الحرج) لأن رأس الشهر في العرف هو الليلة الأولى ويومها ، فيبقى الخيار فيها اعتباراً للعرف . واعلم أن مشايخنا قد اختلفوا في وقت الفسخ بعد تمام الشهر ، قال بعضهم لكل واحد منهما حق الفسخ حين يتم الشهر الأول ، أعني حين يهل الهلال حتى إذا سكن من الشهر الثاني ساعة لا يبقى حق الفسخ بعد ذلك، واليه ذهب القدوري وبعض مشايخنا . وقال الصدر الشهيد في الواقعات في باب الإجارة الجائزة بعلامة السين والصحيح أن يفسخ في الليلة الأولى واليوم الأول من الشهر والثاني والثالث ، فإن خيار الفسخ إنما يثبت له في أول شهر واول الشهر هذا . وقال بعض مشايخنا له الفسخ في الليلة الأولى ويومها ، واختاره صاحب الهداية .

وفي الذخيرة قيل لم يرد محمد بقوله لكل منهما أن ينقض الإجارة رأس الشهر من حيث الحقيقة ، بل مراده رأس الشهر عرفاً وعادة هو الليلة التي يهل فيها مع يومها كما قال محمد في كتاب الأيمان حلف ليقضين حقه رأس الشهر فقضاه في الليلة التي يهل فيها لم يحنث استحساناً ، وقيل طريق فسخه ان يقول الفاسخ قبل مجيء الشهر فسخت الإجارة رأس الشهر فتنفسخ الإجارة إذا هل اذا عقد الإجارة مضافاً يصح ، وكذا فسخه ، وذكر الحاكم احمد السمرقندي في شروطه في هذه المسألة لو عجل اجرة شهرين او ثلاثة وقبض الأجر ذلك ليس في احدهما الفسخ في قدر ما عجل به ، إذ التعجيل دلالة العقد فيما عجل. ثم إذا فسخ احدهما الإجارة من غير محضر صاحبه هل يصح ، من مشايخنا من قال انه على الخلاف على قول أبي حنيفة ومحمد لا يصح ، وعلى قول ابي يوسف يصح، ومنهم من قال لا يصح الفسخ هنا إلا بمحضر من صاحبه بلا خلاف ، كذا في الذخيرة .

(وإن استأجر داراً سنة بعشرة دراهم جاز وإن لم يبين قسط كل شهر من الأجرة لأن

لان المدة معلومة بدون التقسيم ، فصار كإجارة شهر واحد فإنه جائز وإن لم يبين قسط كل يوم . ثم يعتبر ابتداء المدة مما سمى ، وإن لم يسم شيئاً فهو من الوقت الذي استأجره ، لان الاوقات كلها في حق الإجارة على السواء فأشبه اليمين ، بخلاف الصوم لان الليالي ليست بمحل له . ثم إن كان العقد حين يهل الهلال

المدة معلومة بدون التقسيم فصار كإجارة شهر واحد ، فانه جائز وإن لم يبين قسط كل يوم) هاتان مسألتان لا يعلم فيها خلاف ، كذا قال الكاكي . قيل قال القدوري في شرحه لمختصر الكرخي . وقال الشافعي على القول الذي يجوز الإجارة أكثر من سنة لا يجوز حتى يبين حصة كل سنة ، قلت هذا الخلاف فيما إذا آجر داره سنين معلومة ، فانه يصح عندنا وإن لم يذكر قسط كل سنة (ثم يعتبر ابتداء المدة مما سمي) اى من الوقت الذي سمى بأن يقول من شهر وجب من هذه السنة مثلا .

(وإن لم يسم شيئاً فهو من الوقت الذي استأجره لأن الأوقات كلها في حق الإجارة على السواء) لذكر الشهر منكور ، وفي مثله بيقين الزمان الذي يتعقب السبب (فأشبه اليمين) كما إذا حلف لا يكلم فلاناً شهراً تعين الشهر الذي وجد منه اليمين فيه ، لأن الظاهر من حال العاقد ان يقصد صحة العقد وصحته بذلك لتعينه لعدم المزاحم (بخلاف الصوم) حيث لا يتعين الشهر الذي يعقب نذره فيما إذا نذر ان يصوم شهراً ما لم يعينه ، لأن الأوقات كلها ليست فيه على السواء (لأن الليالي ليست بمحل له) يوضحه ان الشروع في الصوم لا يكون إلا بعزيمة منه ، وربما لا يقترن ذلك بالسبب .

(ثم إن كان العقد حين يهل الهلال) بضم الياء وفتح الهاء على بناء المفعول اى حين يبصر الهلال ، اراد به اليوم الاول من الشهر ، كذا قاله الكاكي . وقال الاترازي يجوز على صيغة المبنى للفاعل ، وعلى صيغة المبني للمفعول جميعاً ، قال في الجوهرة هل الهلال واهل ، ودفع الأصمعي هل وقال لا يقال إلا اهل واهللنا نحن إذا رأينا الهلال ، واجاز أبو زيد أهل الهلال . وفسر بعضهم في شرحه قوله حين يهل الهلال بقوله أراد به اليوم

فشهور السنة كلها بالاهلة لانها هي الاصل. وإن كان في أثناء الشهر فالكل بالأيام عند أبي حنيفة « رح » وهو رواية عن أبي يوسف « رح » . وعنـــد محمد « رح » وهو رواية عن أبي يوسف الأول بالأيام والباقي بالأهلة ، لأن الأيام يصار إليها ضرورة وهي في الأول منها . وله أنه متى تم الأول بالأيام

الأول من الشهر وفيه نظر ، لأنه ليس حين يهل الهلال بل هو اول الليلة الأولى من الشهر وهذا لأنه للمنافاة بين الإجارة والاوقات بل الايام والليالي فيها سواء فلا حاجة إلى اعتبار المدة من اول أيام الشهر ، بل يعتبر من اول الشهر وهو ما قلنا . قلت قال السغناقي أهل الهلال على مـــا لم يسم فاعله ولم يقل غير هذا وكفى به حجة ، وكـــذا نص علية تاج الشريعة في شرحه .

(فشهور السنة كلها بالأهلة لأنها) أي لأن الاهلة (هي الاصل) في الشهور العربية ، فمهما كان العمل به ممكناً لا يصار إلى غيره ، قال الله تعالى ﴿ يسألونك عن الأهلة قل هي مواقيت للناس ﴾ ١٨٩ البقرة ، والايام تدل على الاهلة ، وإنما يصار إلى البدل إذا تعذر اعتبار الاصل ، وها هنا ممكن له أن يسكنها إلى أن يهل الهلال من الشهر الداخل .

(وإن كان) أي العقد (في أثناء الشهر) بأن وقعت الاجارة في نصف الشهر أو بعد مضي أيام (فالكل بالايام عند أبي حنيفة رضي الله عنه) فيكون ثلاثمائة وستين يوماً ، وبه قال الشافعي في قول وأحمد في رواية (وهو) أي قول أبي حنيفة (رواية عن أبي يوسف ، وعند محمد وهو رواية عن أبي يوسف الاول) أي الشهر الاول (بالايام والبـــاقي بالاهلة) فيكون أحد عشر شهراً بالهلال وشهر بالايام يكمل مـــا بقي من الشهر الاول من الشهر الاخير (لان الايام يصار إليها ضرورة وهي) أي الضرورة إلى اعتبار الشهر بالايام (في الاول منها) أي في الشهر الاول من الشهور دون الباقي فلا يتعدى إلى غيره ، وبه قال الشافعي في قول واحمد « رح » في رواية .

(وله أنه) أي ولابي حنيفـــة أن الشأن (متى تم الاول بالايام) أي متى تم الشهر

ابتداء الثاني بالأيام ضرورة، فهكذا إلى آخر السنة، ونظيره العدة، وقد مر في الطلاق . قال ويجوز أخذ أجرة الحمام والحجام ، فأما الحمام فلتعارف الناس ولم يعتبر الجهالة لإجماع المسلمين ، قال عليه السلام ما رآه المسلمون حسناً فهو عند الله حسن

الاول بالايام بالشهر الذي يليه (ابتداء الثاني بالايام ضرورة) أي ابتداء الشهر الثاني بالايام أيضاً ضرورة تكميله ، لانه سمى شهراً وتمامه لا يكون إلا ببعض الثاني (وهكذا إلى آخر السنة) أي هكذا يكون الحكم في الشهر الثالث والرابع إلى آخر السنة ، فحينئذ يجب اعتبار العدد دون الاهلة ضرورة (ونظيره العدة) أي نظير هذا الاختلاف مسألة العدة من حيث الاعتبار بالشهور أو بالعدد (وقد مر في الطلاق) أي في أول كتاب الطلاق من الكتاب . قال السغناقي هذا حوالة غير رابحة مثل هذا الاختلاف لم يرد في الطلاق وما يتعلق به . قال الإمام المحقق برهان السمرقندي ناقلة المصنف غلط صاحب النهاية ، فإن الحوالة رابحة ، لانه ذكر في أول كتاب الطلاق ، ثم إن كان الطلاق في أول الشهر بقية الشهور بالاهلة إلى قوله وفي حق العدة كذلك عند أبي حنيفة إلى آخره .

(قال) أي القدوري (ويجوز أخذ أجرة الحمام والحجام) خصهما بالذكر لان لبعض الناس فيه خلافاً . وفي المبسوط كره بعض العلماء غلة الحجام والحمام ، أخذ بظاهر الحديث وقالوا الحمام بيت الشياطين ، وسماه رسول الله ﷺ شر بيت ، فإنه يكشف فيه العورات وتصب فيه الغسالات والنجاسات . ومنهم من فصل بين حمام الرجال وحمام النساء ، فقالوا يكره اتخاذ حمام النساء . وقال القاضي الحنبلي عن أحمد انه لا يباح أجر الحجام ، وممن كره كسبه عثمان وأبو هريرة والحسن والنخعي لقوله عليه السلام كسب الحجام خبيث رواه مسلم .

(فأما الحمام فلتعارف الناس) يعني لجريان العرف بذلك بين الناس خصوصاً في ديار الترك (فلم يعتبر الجهالة لاجماع المسلمين) هذا إشارة إلى جواب الاستحسان ، لان القياس عدم الجواز للجهالة ، فقال فلم يعتبر الجهالة لاجماع المسلمين على ذلك (قال عليه السلام ما راه

وأما الحجام فلما روي أنه عليه السلام احتجم وأعطى الحجام الأجرة.

ولأنه استئجار على عمل معلوم بأجر معلوم فيقع جائزاً .

المسلمون حسناً فهو عند الله حسن) ذكر هذا دليلا على أن المسلمين إذا أجمعوا على أمر يكون هذا مقبولاً ، لان كل ما رآه المسلمون حسناً فهو عند الله حسن ، ولكن رفع هذا الحديث إلى النبي ﷺ غير صحيح ، وإنما هو موقوف على ابن مسعود رضي الله عنه رواه أحمد في مسنده حدثنا أبو بكر بن عباس حدثنا عاصم عن زيد بن حبيش عن عبد الله بن مسعود رضي عنهما قال إن الله نظر في قلوب العباد بعد قلب محمد فوجد قلوب أصحابه خير قلوب العباد فجعلهم وزراء نبيه يقاتلون على دينه ، فما رآه المسلمون حسناً فهو عند الله حسن ، وما رآه سيئاً فهو عند الله سيء [1] .

ورواه البزار في مسنده والبيهقي في المدخل ، ورواه أيضاً أبو داود الطيالسي في مسنده حدثنا المسعودي عن عاصم عن أبي وائل عن عبد الله فذكره ، إلا انه قال عوض سيء قبيح ، ومن طريق أبي داود رواه أبو نعيم في الحلية في ترجمة ابن مسعود والبيهقي في كتاب الاعتقاد ، والطبراني في معجمه . قال ابن عبد الهادي في الكلام على أحاديث المختصر وقد أخطأ بعضهم فرفعه ، ثم قال وقد روي مرفوعاً من حديث أنس لكن إسناده ساقط .

(وأما الحجام فلما روي أنه عليه السلام احتجم وأعطى الحجام الاجرة) أخرج البخاري ومسلم عن طاووس عن ابن عباس رضي الله عنهما أن النبي ﷺ احتجم وأعطى الحجام أجره . زاد البخاري في لفظه ولو كان حراماً لم يعطه . وفي لفظ لو علم كراهيته لم يعطه. ولمسلم ولو كان سحتاً لم يعطه . والاحاديث التي وردت في تحريمة منسوخة (ولانه) أي ولان الاستحجام (استئجار على عمل معلوم بأجر معلوم فيقع جائزاً) كما في سائر الاجارات الصحيحة .

---

(١) الحديث في الاصل ناقص من آخره ، وتكملته من نصب الراية للزيلعي ، اهـ مصححه .

قال ولا يجوز أخذ أجرة عسب التيس وهو أن يؤاجر فحلاً لينزو على الإناث لقوله عليه السلام ان من السحت عسب التيس ، والمراد أخذ الأجرة عليه . قال ولا الاستئجار على الأذان والحج ،

(قال) أي القدوري (ولا يجوز أخـــذ أجرة عسب التيس وهو أن يؤاجر فحلا لينزو على الاناث) عسب الفحل ضرابه ، يقال عسب الفحل الناقة يعسبها عسباً من باب فعل يفعل بالفتح في الماضي والكسر في الغابر ، وفسره المصنف بقوله وهو ... إلى آخره ، وهـــذا بلا خلاف بين الائمة الاربعة . وخرج أبو المطالب الحنبلي وبعض أصحـــاب الشافعي وجهان في جوازه ، لانه انتفاع مباح ، والحاجة تدعو إليه فيجوز كإجارة الظئر للإرضاع ، والبئر للاستقاء .

وحجة الجمهور الحديث ، أشار إليه بقوله (لقوله عليه السلام ان من السحت عسب التيس) الحديث صحيح ولكن بغير هذا اللفظ ، أخرجه البخاري وأبو داود والترمذي والنسائي عن علي بن الحكم عن نافع عن ابن عمر عن عمر رضي الله عنهما ان النبي ﷺ نهى عن عسب الفحل ، ووهم الحاكم حيث قال بعد إخراجه أنه على شرط البخاري ولم يخرجاه . واعجب منه زكي الدين المنذري عزاه في مختصره للترمذي والنسائي ولم يعزه للبخاري .

وأخرج البزار في مسنده عن أشعب بن سيرين عن أبي هريرة أن النبي ﷺ نهى عن ثمن الكلب وعسب التيس . وعزاه عبد الحق للنسائي وليس في سننه (والمراد أخذ الأجرة عليه) أشار به إلى تفسير الحديث ، لأن نفس العسب ليس من السحت ، وإنما المراد اخذ الأجر عليه فالمضاف محذوف تقديره أن من السحت كرى عسب التيس .

(قال) أي القدوري (ولا الاستئجار على الأذان والحج) أي ولا يجوز ، وبه قال احمـــد وهو قول عطاء والضحاك والزهري والحسن وابن سيرين وطاووس والنخعي والشعبي . وفي حاوي الحنابلة ولا يصح الاستئجار على الاذان والاقامة والإمامة وتعليم القرآن والفقه والنيابة في الحج ، وعنه يصح ويباح أجره ، كما لو أجره أعطي لذلك شيئاً بلا شرط ، نص عليه كالرزق من بيت المال لمن نفعه منهم متعد ، وكالرقبة وقيل يجوز على

وكذا الإمامة وتعليم القرآن والفقه والأصل أن كل طاعة يختص بها المسلم لا يجوز الإستئجار عليـــه عندنا ، وعند الشافعي يصح في كل ما لا يتعين على الأجير ، لأنه استئجار على عمل معلوم غير متعين عليه فيجوز . ولنـا قوله عليـــه السلام أقرؤوا القرآن ولا تأكلوا به ،

تعليم الفقه والحديث والفرائض فقط ، ويجوز إجارة كتب العلم المباح للقراءة والنسخ . وفي صحة إجارة المصحف وجهان ، ويباح نسخه باجرة ، انتهى .

(وكذا الإمامة وتعليم القرآن والفقه) أي وكذا لا يجوز . قال الاترازي خلافـــاً للشافعي . وقال الحاكم في الكافي ولا يجوز أن يستأجر رجل رجلاً ان يعلم ولداً القرآن والفقه والفرائض ، أو يؤمهم في رمضان ، أو يؤذن . وفي خلاصة الفتاوى ناقـــلا عن الأصل لا يجوز الاستئجار على الطاعات كتعليم القرآن والفقه والاذان والتذكير والتدريس والحج والقر ويعني الاجر . وعند أهل المدينة يجوز وبه أخذ الشافعي وعصام وأبو نصر والفقيه أبو الليث ، ثم قال وكذا لا يجوز . وفي الخلاصة الحيلة أن يستأجر المعـــلم مدة معلومة ثم يأمره بالتعليم ، قيد بالفقه لأنه يجوز الاستئجار لأجل قراءة العـــلوم الادبية كاللغة والنحو والتصريف ونحوها والعلوم الحكمية كالطب والمعقول ونحوهما .

(والأصل) أي الأصل الذي بنى عليه حرمة الاستئجار على هذه الأشياء (أن كل طاعة يختص بها المسلم لا يجوز الاستئجار عليها عندنا) لأن هذه الأشياء قربـة يقع على العامل ، قال الله تعالى ﴿ وأن ليس للإنسان إلا ما سعى ﴾ ٣٩ النجم ، فلا يجوز أخـذ الأجرة من غيره كالصوم والصلاة ، قيد بقوله يختص بها المسلم يعني يختص بمـلة الإسلام ، لأنه إذا لم يختص يجوز كما إذا استأجر مسلم ذمياً على تعليم التوراة يجوز ، لأن تعليمهـا لا يختص بملة الإسلام .

(وعند الشافعي يصح في كل ما لا يتعين على الأجير ، لأنه استئجار على عمل معلوم غير متعين عليه فيجوز . ولنا قوله عليه السلام اقرؤوا القرآن ولا تأكلوا به) وبه قال مالك وأحمد

في رواية وأبو ثور وأبو قلابة ، قيد بقوله ما لا يتعين ، فانه أخرج هذا الحديث أحمد في مسنده أخبرنا اسماعيل بن ابراهيم عن هشام الدستوائي حـدثني يحيى بن أبي كثير عن أبي راشد الجبراني قال : قـال عبدالرحمن بن شبل سمعت رسول الله ﷺ يقول اقرؤوا القرآن ولا تأكلوا به ، ولا تجفوا عنه ، ولا تغلوا فيـه ، ولا تستكثروا به . ورواه اسحاق بن راهويه وابن أبي شيبة في مصنفه وعبدالرزاق في مصنفه ومن طريق عبدالرزاق ومعد بن حميد وأبو يعلى الموصلي والطبراني

وروي هذا الحديث عن عبد الرحمن بن عوف وأبي هريرة رضي الله عنهما . أمـا حديث عبدالرحمن فأخرجه البزار في مسنده عن حماد بن يحيى عن يحيى بن أبي كثير عن أبي سلمة بن عبد الرحمن عن ابيه عبد الرحمن بن عوف مرفوعاً نحوه سواء .

وأما حديث أبي هريرة فأخرجه ابن عدى في الكامل عن الضحاك بن نبراس البصري عن يحيى بن أبي كثير عن أبي سلمة عن أبي هريرة عن رسول الله ﷺ نحوه ، واسندعن ابن معين انه قال في الضحاك بني نبراس هـذا ليس بشيء . وعن النسائي قال متروك الحديث . قوله ولا تأكلوا به أي بالقرآن مثل أن يستأجر رجلا يقرأ على رأس قبر ، قيل هذه القراءة لا يستحق بها الثواب لا للميت ولا للقارىء قاله تاج الشريعة .

(وفي آخر ما عهد رسول الله ﷺ إلى عثمان بن أبي العاص وإن اتخذت مؤذنافلا يأخذ على الاذان اجر) هذا الحديث أخرجه أصحاب السنن الاربعة بطرق مختلفة وأبو داود والنسائي عن حمـاد بن سلمة عن سعيد عن أبي العلاء عن مطرف بن عبد الله عن عثمان بن أبي العاص قال : قلت يا رسول الله إجعلني إمام قومي ، قال أنت إمـامهم واتخذ مؤذناً لا يأخذ على أذانه أجراً . وكذلك رواه أحمد في مسنده والحاكم في المستدرك وقال على شرط مسلم .

وأخرجه الترمذي وابن ماجة عن اشعث بن سوار عن الحسن عن عثمان بن أبي العاص قال إن من آخر ما عهد إلي رسول الله ﷺ ان اتخذ مؤذناً لا يأخذ على أذانه أجراً . قال

الترمذي حديث حسن . وأخرج البخاري في تاريخه عن شبابة بن سوار حدثني المغيرة ابن مسلم عن سعيد بن طهمان القصامي عن مغيرة بن شعبة رضي الله عنه قال : قلت يا رسول الله اجعلني إمام قومي ، قال قد فعلت ، ثم قال صل بصلاة أضعف القوم ولا تتخذ مؤذناً يأخذ على الاذان أجراً . قوله عهد معناه اوصى يقال عهدت أي أوصيت ، قال الله تعالى ﴿ ألم أعهد إليكم ﴾ ٦٠ يس ﴿ ولا ينال عهدي الظالمين ﴾ ١٢٤ البقرة .

فإن قلت استدل الشافعي بأنه عليه السلام زوج رجلا بما معه من القرآن ، متفق عليه . وبقوله عليه السلام أحق ما اخذتم عليه أجراً كتاب الله ، حديث حسن صحيح ، وبما روى من حديث أبي سعيد الخدري قال بعثنا رسول الله ﷺ في غزوة فأتينا على رجل لدغ في جبهته فداووه فلم ينفعه .. فقال بعضهم لو أتيتم هؤلاء الرهط الذي نزلوا بكم لعله يكون عندهم شيء ينفع ، فأتونا فقالوا أيها الرهطان سيدنا لدغ فاسمينا له كل شيء فلم ينفعه ، فهل عندكم من شيء ، فقال بعضهم نعم والله لقد استضفناكم فلم تضيفونا لا نأتي حتى تجعلوا لنا جعلا ، فصالحوهم على قطيع من الغنم ، فانطلق فجعل يتفل عليه ويقول الحمد لله رب العالمين يقرأ بفاتحة الكتاب حتى برىء فكأنما نشط من عقال فقام يمشي فوفوهم جعلهم ،فقال بعضهم اقسموا ،فقال الذي كره ذلك وقال لاتفعلوا حتى نأتي رسول الله ﷺ فتذكروا له الذي كان فننظر ما يأمرنا به فدخلوا على رسول الله ﷺ فذكروا ذلك فقال أصبتم ، اقتسموا واضربوا لي معكم بسهم .

قلت الجواب عن الاول انه ليس فيه تصريح بان التعليم صداق ، إنما قال زوجتكها بما معك من القرآن فيحتمل انه زوجها إياه بغير صداق إكراماً له وتعظيماً للقرآن كما روى أنس انه عليه السلام زوج أم سليم أبا طلحة على إسلامه وسكت عن المهر لانه معلوم أنه لا بد منه ، لان الفروج لا تستباح إلا بالاموال لقوله تعالى ﴿ أن تبتغوا باموالكم ﴾ ولذكره تعالى في النكاح الطول وهو المال ، والقرآن ليس بمال . ويجوز أن تكون الباء مكان اللام ، أي لما معك من القرآن ، لان ذلك سبب للإجتماع بينهما ، ولعل المرأة وهبت مهرها له باعتبار ذلك .

ولأن القربة متى حصلت وقعت عن العامل ، وهنا تعتبر أهليته ، فلا يجوز له أخذ الأجر من غيره كما في الصوم والصلاة . ولأن التعليم مما لا يقدر المعلم عليه إلا بمعنى من قبل المتعلم ، فيكون ملتزماً ما لا يقدر على تسليمه فلا يصح .

وعن الثاني المراد منه الجعالة في الرقية ، لأن ذكر ذلك في سياق حديث الرقية وهو الحديث الذي ذكرناه آنفاً عن أبي سعيد الخدري ، والرقية نوع مداواة ، والمأخوذ عليها جعل ، والمداواة يباح أخذ الأجر عليها ، وبهذا أخرج الجواب عن الحديث الثاني . وقال ابن الجوزي قد أجاب أصحابنا عن هذين الحديثين بثلاثة أجوبة ، أحدها : أن القوم كانوا كفاراً فجاز أخذ أموالهم ، والثـاني : أن حق التضييف واجب ولم يضيفوهم ، والثالث : أن الرقية ليست بقربة محضة فجاز أخذ الأجرة عليها . وقال القرطبي في شرح مسلم ولا نسلم أن جواز الأجر في الرقي يدل على جواز التعليم بالأجر ، والحديث إنما هو في الرقية .

(ولأن القربة متى حصلت وقعت عن العامل ، وهنا تعتبر أهليته) أي أهلية العامل ويشترط نيته لا نية الأمر ، ولو انتقل فعل المأمور إلى الآمر بشرط اهليتـه ونيته كما في الزكاة ، حتى لو كان المأمور كافراً يصح أداء الزكاة ، لأن المؤدى هو الأمري هنا بخـلافه (فلا يجوز له أخذ الأجر من غيره كما في الصوم والصلاة) أي كما لا يجوز الاستئجار وأخذ الأجر في الصوم والصلاة بلا خلاف .

(ولأن التعليم مما لا يقدر المعلم عليه) بكسر اللام ، عليه أي على التعليم (إلا بمعنى من قبل المتعلم) لأن المعلم يلقن الصبي وهو يتلقن بفهمه الثاقب ، ويتعلم بذهنه الرائق وهذا يتفاوت بين الصبيان في التعليم وان كان التعليم واحداً . وفي بعض النسخ من قبـل المعلم بفتح اللام المشدودة (فيكون) أى المعلم الذي يوجد نفسه لتعليم القرآن (ملتزماً ما لا يقدر على تسليمه فلا يصح) والتسليم شرط في الإجارة فيفسد بعـدمه . وقوله ما لا يتقدر مفعول لقوله ملتزماً الايفاء فلا يصح في النتيجة .

وبعض مشايخنا « رح » استحسنوا الاستئجار على تعليم القرآن اليوم ، لأنه ظهر التواني في الأمور الدينية ، ففي الامتناع يضيع حفظ القرآن وعليه الفتوى.

(وبعض مشايخنا) وهم ائمة بلخ رحمهم الله (استحسنوا الاستئجار على تعليم القرآن اليوم لظهور التواني) أى الفتور والكسل (فيالأمور الدينية، ففي الامتناع يضيع حفظ القرآن) لأن المتقدمين منعوا ذلك لرغبة الناس في التعليمحسبة ومروءة المتعلمين فيمجازاة الإحسان بالإحسان بلا شرط وقد زال ذلك في هذا الزمان في الامتناع عنه تضييع حفظ القرآن وقد تغير الجواب باختلاف الزمان فيفتي بذلك إذا ضربوا مدة لذلك ، حتى يجبر الأب على دفع الأجر إلى المعلم وإن لم تضرب المدة بحسب أجر المثل ، ويجبر على دفعه . وكذا يجبر على الخلوة المرسومة . وقال الإمام الخيزاخزى يجوز في زماننا للإمــام والمؤذن والمعلم أخذ الأجر ، كذا في الروضة والذخيرة .

فائدة : الخيز اخزى بفتح الخاء المعجمة وسكون الياء آخر الحروف وفتــح الزاي المعجمة والخاء الثانية وكسر الزاي الثانية نسبة إلى قرية خيزا اخز من قرى بخارىواسمه عبدالله بن الفضل كان مفتي بخارى ولم يقع لي تاريخ وفاته .

(وعليه الفتوى) أي على استحسان مشايخ بلــخ رحمهم الله . قال في تتمة الفتاوى الاستئجار لتعليم الفقه لا يجوز، كالاستئجار لتعليم القرآن.وفي الاستئجارلتعليم الحرف روايتـــان في رواية المبسوط يجوز . وفي رواية القدوري لا يجوز . وذكر السرخسي مشايخ بلخ اختاروا قول أهل المدينة في جواز استئجار المعلم على تعليم القرآن . فنحن ايضاً نفتي بالجواز ، انتهى . ثم قال فيما استأجر انساناً ليعلم غلامه أو ولده شعراً أو ادباً أو حرفة مثل الخياطة ونحوها فالكل سواء إن بين المدة بان استأجره شهراً ليعلمه هـذا العلم يجوز ويصح وينعقد العقد على المدة ، حتى تستحق الأجرة فعلم أو لم يتعلم إذا سلم الاستاذ نفسه لذلك ، أما إذا لم يبين المدة فينعقد لكن فاسداً ، حتى لو علم استحق اجر المثل وإلا فلا ، وكذلك تعلم سائر الأعمال كالخط والهجاء والحساب على هذا ، ولو شرط عليه أن يحذقه في ذلك العمل فهو غير جائز ، لأن التحذيق ليس في وسع المعلم .

قال ولا يجوز الإستئجار على الغناء والنوح وكذا سائر الملاهي، لأنه استئجار على المعصية لا تستحق بالعقد. قال ولا يجوز إجارة المشاع عند أبي حنيفة إلا من الشريك. وقالا إجارة المشاع جائزة

(قال) أي القدوري رحمه الله (ولا يجوز الاستئجار على الغناء) بكسر الغين وبالمد وبالكسر مع القصر اسم لليسار، وبالفتح مع القصر الإقامة، ومع المد الكفاية. أما الأول من غني بالتشديد غناء. وأما الثاني من غنى يغني من باب علم يعلم غنى فهو غني، وأما الثالث من غني بالمكان أي أقام، وهو أيضاً من الباب المذكور، وأما الرابع من قولهم ما يغني عنك هذا أي ينفعك (والنوح) البكاء ورفع الصوت (وكذا سائر الملاهي) كالمزمار والطبل وغيرهما، وبه قالت الثلاثة وأبو ثور. وقال الشافعي والنخعي نكير ذلك ويجوز، أما الاستئجار لكاتب يكتب له غناء ونوحاً يجوز عند أبي حنيفة رضى الله عنه خلافاً لهما والثلاثة، وعلى هذا الخلاف الاستئجار على حمل الخمر.

(لأنه استئجار على المعصية والمعصية لا تستحق بالعقد) إذ لا يستحق على أخذ شيء يكون به عاصياً شرعاً. وقال شيخ الإسلام الاسبيجابي في شرح الكافي ولا تجوز الإجارة على شيء من الغناء والنوح والمزامير والطبل أو شيء من اللهو، ولا على الحداء وقراءة الشعر ولا غيره ولا أجر في ذلك، وهذا كله قول أبي حنيفة وأبي يوسف ومحمد لأنه معصية ولهو ولعب.

(قال) أي القدوري (ولا يجوز إجارة المشاع عند أبي حنيفة رحمه الله إلا من الشريك) وبه قال زفر وأحمد رحمهما الله تعالى فيما يقسم كالأرض، وفيما لا يقسم كالعبد.

(وقالا إجارة المشاع جائزة) وبه قال الشافعي ومالك. وقال الكرخي في مختصره ولا يجوز إجارة المشاع فيما يقسم وفيما لا يقسم عند أبي حنيفة رحمه الله وزفر، إلا أن يكون المستأجر شريكاً في العقار فيستأجر نصيب شريكه أو شركائه كله في صفقة واحدة في قول أبي حنيفة، وكذلك قال أبو حنيفة رحمه الله في رجلين أجرا داراً لهما من رجل فهو جائز، وإن مات أحد المؤاجرين بطلب الإجارة، وفي نصيب الحي صحيحة

وصورته أن يؤاجر نصيباً من داره أو نصيبه من دار مشتركة من غير الشريك . لهما أن للمشاع منفعة ، ولهذا يجب أجر المثل والتسليم ممكن بالتخلية أو بالتهايؤ ،

على حالها ولا يجوز ايضا عند أبي حنيفة رحمه الله أن يستأجر من عقار مائة ذراع ولا من أرض جريباً أو جريبين إذا كانت اكثر من ذلك .

وفي شرح الطحاوي إجارة المشاع من شريكه جائزة بالإجماع ، ومن غير شريكه لا يجوز عند أبي حنيفة ، وعندهما يجوز . وبيع المشاع يجوز من غير شريكه جائز بالإجماع سواء كان مما يحتمل القسمة أو مما لا يحتمل ، ورهن المشاع من شريكه أو من غير شريكه سواء كان يحتمل القسمة او لا يجوز . وعند الشافعي يجوز . وهبة المشاع فيما لا يحتمل القسمة جائز ، وفيما لا يحتمل لا يجوز عندنا ، وعند الشافعي رحمه الله يجوز . وقرض المشاع جائز بالإجماع . وأما وقف المشاع فأبو حنيفة لا يرى الوقف مشاعاً كان أو غيره ، وعندهما يجوز الوقف ، ثم على قول أبي يوسف وقف المشاع جائز وعندهما باطل .

(وصورته) أي صورة عقد إجارة المشاع (أن يؤاجر نصيباً من داره أو نصيبه من دار مشتركة من غير الشريك) أو يؤاجر نصف عبد أو نصف دابة من غير الشريك .

(لهما) أي لأبي يوسف ومحمد (أن للمشاع منفعة) يعني فيجوز لأن موجب الإجارة تملك المنفعة (ولهذا يجب أجر المثل) أي ولكون المشاع له منفعة يجب أجر المثل عند أبي حنيفة إذا سكن المستأجر فيها ، ولو كان فائت المنفعة لما انعقد أصلا إذا استأجر ارضاً سبخة (والتسليم ممكن بالتخلية) جواب عما يقال إنه إجارة ما لا يقدر على تسليمه ، فاجاب بأن التسليم ممكن بالتخلية بأن يرفع الشريك المؤجر متاعه من الدار وخلى بينها وبين المستأجر (أو بالتهايؤ) هو تفاعل من التهيئة ، يقال ها يأت زيداً وتهايأ القوم وهو ان يتواضعوا على أمر فيتراضوا به ، وحقيقته ان يرضى كل واحد منهما بحالة واحدة ويختارها .

فصار كما إذا آجر من شريكه أو من رجلين وصار كالبيع . ولأبي حنيفة « رح » انه آجر ما لا يقدر على تسليمه فلا يجوز ، وهذا لأن تسليم المشاع وحده لا يتصور ، والتخلية اعتبرت تسليماً لوقوعه تمكيناً وهو الفعل الذي يحصل به التمكين ولا تمكن في المشاع

(فصار كما إذا آجر من شريكه) فلو كان الشيوع مانعاً لما جاز من شريكه كالهبة (أو من رجلين) أي او كما إذا آجر من رجلين فانه يجوز، وكل واحد من المستأجرين يملك منفعة النصف شائعاً ، وكذا لو أجر نصف داره شائعاً يجوز (وصار كالبيع) أي فصار حكم التخلية هنا كحكم التخلية في البيع من حيث ان التخلية تسليم فيه .

(ولأبي حنيفة رضي الله عنه انه آجر ما لا يقدر على تسليمه فلا يجوز) هذا إما معاوضة وإما ممانعة ، فتقرير الأول انه أجر ما لا يقدر على تسليمه ، لأن تسليم المشاع وجد سواء كان محتمل القسمة كالدار ولا كالعبد غير متصور وما لا يتصور تسليمه لا يصح إجارته لعدم الإنتفاع به ، والإجارة عقد على المنفعة فيكون هذا دليلا مبتدأ من غير تعرض لدليل الخصم . وتقرير الثانية أن يقال لا نسلم انتفاء المانع فإنه آجر ما لا يقدر على تسليمه وعدم التسليم يمنع صحة الإجارة (وهذا) توضيح لكون إجارة المشاع إعارة ما لا يقدر على تسليمه (لأن تسليم المشاع وحده لا يتصور) فلا يتصور استيفاء المنفعة ، لأن الإنتفاع أمر حسي والشائع لا يحتمله .

(والتخلية اعتبرت تسليماً) جواباً عما قالا والتسليم ممكن بالتخلية . ووجهه أن التخلية لم تعتبر تسليما لذاتها ، حيث اعتبرت ، بل لكونها تمكيناً ، وهو معنى قوله (لوقوعه تمكيناً) أي لوقوع التخلية تمكيناً من القبض وتذكير الضمير على تأويل رفع الموانع (وهو) أي التمكين (الفعل الذي يحصل به التمكين) من الإنتفاع حسناً (ولا تمكن في المشاع) لأنه معدوم فيه ، فالحاصل أن التخلية كأنها اعتبرت علة وهو وسيلة إلى التمكن ، والتمكن في المشاع غير حاصل ففات المعلول . وإذا فات المعلول لا معتبر بالعلة .

بخلاف البيع لحصول التمكن فيه . وأما التهايؤ فإنما يستحق حكماً للعقد بواسطة الملك وحكم العقد يعقبه والقدرة على التسليم شرط العقد ، وشرط الشيء يسبقه ، ولا يعتبر المتراخي سابقاً . وأما إذا أجر من شريكه فالكل يحدث على ملكه فلا شيوع.

(بخلاف البيع لحصول التمكن فيه) لأن المقصود به ليس الإنتفاع بل الرقبة ،ولهذا جاز بيع الجحش فكان التمكن بالتخلية فيه حاصلا .

(وأما التهايؤ) جواب عن قولهما أو بالتهايؤ . وحاصله أن التهايؤ من أحكام العقد بواسطة الملك ، وهو معنى قوله (فإنما يستحق حكماً للعقد بواسطة الملك) يعني حكماً لثبوت الملك (وحكم العقد يعقبه) أي يعقب العقد ، لأن حكم الشيء هو الأثر الثابت بعد الضرورة يتأخر عنه (والقدرة على التسليم شرط العقد وشرط الشيء يسبقه) أي سبق الشيء لتوقف وجود المشروط على وجود الشرط ، فالمتوقف عليه سابق لا محالة (ولا يعتبر المتراخي سابقاً) وهو التهايؤ ، لأنه حكم ، فمتى اعتبر سابقاً يلزم قلب الحكم شرطاً ، وذا لا يجوز .

(أما إذا أجر من شريكه) جواب عن قولهما فصار كما إذا أجر من شريكه . ووجهه أنه إذا أجره من شريكه (فالكل يحدث على ملكه فلا شيوع) يعني أن البعض له بحكم الملك ، والبعض بحكم الإجارة ، وكل المنفعة يحدث على ملكه فلا شيوع حينئذ . قيل لو لم يكن فيه الشيوع لجاز الهبة والرهن من الشريك ، لكنه لم يجز . وأجيب بأن المراد بأن لا شيوع يمنع التسليم وهو المقصود فيما نحن فيه ، فالمنفي شيوع موصوف ، ويجوز أن يكون الشيوع مانعاً فحكم باعتبار دون آخر ، فيمنع عن جواز الهبة من حيث القبض ، فإن القبض التام لا يحصل في الشائع ويمنع جواز الرهن لانعدام المعقود عليه وهو المنفعة، وإنما يتعذر التسليم وذلك لا يوجد في حق الشريك . والتحقيق في هذا الموضع أن الشيوع إما في العين أو في المنفعة ، فإن كان في العين فقد منع من الهبة والرهن دون التسليم في الإجارة ، وإن كان في المنفعة فقد منع عن التسليم فيها إن كان ابتداء وإن كان طارئاً لم يمنع ، فافهم .

والإختلاف في النسبة لا يضره على أنه لا يصح في رواية الحسن عنه .
وبخلاف الشيوع الطارىء لأن القدرة على التسليم ليس بشرط للبقاء .
وبخلاف ما إذا أجر من رجلين ، لأن التسليم يقع جملة

(والإختلاف في النسبة لا يضره) جواب عما يقال سلمنا أن الكل يحدث على ملكه ، لكن مع اختلاف النسبة ، لأن الشريك ينتفع بنسبة الملك بنصيب شريكه بالاستئجار فيكون الشيوع موجوداً . فأجاب بأن الاختلاف في النسبة لا يضره ، أي لا يضر كون حدوث كل الانتفاع على ملكه ، لأنه لا عبرة لاختلاف الاسباب مع اتحاد الحكم (على انه لا يصح) أي على أن عقد إجارة المشاع من شريكه أيضاً لا يصح (في رواية الحسن عنه) أي عن أبي حنيفة . وذكر القدوري في التقريب روى الحسن عن أبي حنيفة وزفر بطلان العقد في الجميع يعني إجارة المشاع من الشريك وغيره .

(وبخلاف الشيوع الطارىء) بأن أجر رجل من رجلين ثم مات أحدهما فانه يبقي الاجارة في نصيب الحي شائعاً في ظاهر الرواية ، وذكر الطحاوي عن خالد بن صبيح عن أبي حنيفة أنه يفسد في حق الحي . وقال صاحب العناية قوله وبخلاف الشيوع الطارىء ليس له تعلق ظاهر ، أراد أن ذكره ها هنا غير مناسب وليس كذلك ، بل تعلقه ظاهر لأنهما أجازا إجارة المشاع قياساً على ما إذا أجر داره من رجلين ثم مات أحدهما ، فإنه يبقي الاجارة مع أن فيها الشيوع ، كما إذا ذكرنا لا يقال على هذا يكون قوله وبخلاف ما إذا أجر من رجلين تكراراً ، لأن قوله بخلاف الشيوع الطارىء مثل أصل قاعدة . وقوله بخلاف ما إذا أجر من رجلين من الفروع المبنية على هذا الأصل ، فلا تكرار في ذكر الأصل من الفرع . وإنما التكرار يكون إذا كانا رجلين متحدين أو فرعين متحدين (لأن القدرة على التسليم ليس بشرط للبقاء) عند الابتداء ، كما أن تكبير الافتتاح شرط لابتداء الصلاة وليس بشرط للبقاء .

(وبخلاف ما إذا أجر من رجلين ، لأن التسليم يقع جملة) لأن العقد أضيف إلى كل الدار ، ولا شيوع فيه ، لأن كل واحد منهما يستوفي منافعها على ملك المؤجر ويخرج من

ثم الشيوع بتفرق الملك فيا بينهما طارىء . قال ويجوز استئجار الظئر بأجرة معلومة لقوله تعالى ﴿ فإن أرضعن لكم فآتوهن أجورهن ﴾ ٦ الطلاق ، ولأن التعامل به كان جارياً على عهد رسول الله ﷺ

ملكه جملة (ثم الشيوع) الحاصل (بتفرق الملك فيا بينهما طارىء) يعني بعد ثبوت الملك لهما ، فيتحقق بعد العقد ، فيكون طارئاً .

فان قيل لا نسلم أنه طارىء بل هو مقارن ، لأنها تنعقد ساعة فساعة . أجيب بأن بقاء الإجارة له حكم الابتداء من وجه لأنها عقد لازم ، فلا يكون مقارنا . قيل هذا الجواب فاسد ، لأن العقد الغير اللازم هو الذي يكون للبقاء فيه حكم الابتداء كما تقدم في الوكالة على أنه لو ثبت هنا ابتداء ذو بقاء سقط الاعتراض ، وإنما الخصم يقول لا بقاء للعقد فيها . والصواب أن يقال الطرآن إنما يكون على التسليم لا على العقد ، وذلك مما لا شك فيه .

فان قلت ينبغي أن تجوز الهبة في اثنتين ، لأن الشيوع الطارىء فيها لا يمنع أيضاً . قلت عدم العلة لا يوجب عدم الحكم لجواز ثبوته لعلة أخرى ، وهنا لم يوجد قران الشيوع في الهبة ، ولكن وجد مانع آخر وهو عدم إمكان القبض إلا في ضمن قبض نصيب الآخر ، والضمني كالعدم . والقبض منصوص عليه في الهبة فاعتبر كماله ، والكمال مع كونه ضمنياً لا يتصور .

(قال) أي القدوري (ويجوز استئجار الظئر) بكسر الظاء المعجمة وسكون الهمزة وهي المرضعة (بأجرة معلومة) قيد به لأن الأجرة إذا كانت مجهولة لا تصح (قال الله تعالى ﴿ فان أرضعن لكم فآتوهن أجورهن ﴾ ٦ الطلاق) المراد بعد الطلاق ، أي فان أرضعن أولادكم لاجلكم فأعطوهن أجورهن ، أمر بايتاء أجورهن فيكون دليلا على جواز إجارة الظئر ، يعني إذا لم يتطوعن .

(ولأن التعامل به) أي باستئجار الظئر (كان جارياً في عهد رسول الله ﷺ) أي

وقبله وأقرهم عليه . ثم قيل إن العقد يقع على المنافع وهي خدمتها للصبي والقيام به ، واللبن يستحق على طريق التبع بمنزلة الصبغ في الثوب . وقيل إن العقد يقع على اللبن والخدمة تابعة ، ولهذا لو أرضعته بلبن شاة لا تستحق الأجر ، والأول أقرب إلى الفقه ، لأن عقد الإجارة لا ينعقد على إتلاف الأعيان مقصوداً ، كما إذا استأجر بقرة ليشرب لبنها

في زمانه (وقبله) أي قبل عهده (وأقرهم عليه) أي على التعامل به ، وتقريرهم عليه تشريع لهم بذلك (ثم قيل) قائله صاحب الايضاح وصاحب الذخيرة وبعض أصحاب أحمد والشافعي (إن العقد يقع على المنافع وهي خدمتها للصبي والقيام به) أي بأموره (واللبن يستحق على طريق التبع بمنزلة الصبغ في الثوب) فيكون كالاستئجار على الخدمة .

(وقيل)أي قائله شمس الائمة السرخسي (إن العقد يقع على اللبن والخدمة تابعة) قال شمس الأئمة في المبسوط والأصح أن العقد يرد على اللبن ، لانه هو المقصود وما سوى ذلك من القيام بمصالحه تبع (ولهذا) توضيح لما ذهب إليه شمس الائمة (لو أرضعته) أي لو أرضعت الظئر الصغير (بلبن شاة لا تستحق الأجر) فدل أن اللبن غير تابع بل معقود عليه (والاول أقرب إلى الفقه) أشار بهذا إلى انه اختار هذا القول ، أي القول الاول أقرب إلى الأصول (لان عقد الاجارة لا ينعقد على إتلاف الاعيان مقصوداً كما إذا استأجر بقرة ليشرب لبنها) فانه لا يجوز ، واختار حافظ الدين أيضاً هذا القول حيث قال في الكافي والصحيح هو الاول .

وقال السغناقي قال شمس الائمة في المبسوط وزعم بعض المتأخرين أن المعقود عليه المنفعة وهي القيام بخدمة الصبي وما يحتاج إليه . وأما اللبن فيمنع فيه ، لان اللبن عين والعين لا تستحق بعقد الاجارة كلبن الانعام . ثم قال والاصح أن العقد يرد على اللبن لانه هو المقصود ، وما سوى ذلك من القيام بمصالحه تبع ، والمقصود عليه ما هو

المقصود وهو منفعة الثدي ومنفعة كل عضو على حسب مـــا يليق به ، هكذا ذكر ابن سماعة عن محمد رحمه الله ، فانه قال استحقاق لبن الآدمية بعقد الاجارة دليل على انه لا يجوز بيعه ، وجواز بيع لبن الانعام دليل على أنه لا يجوز استحقاقه . وقـــد ذكر في الكتاب أنها لو ربت الصبي بلبن الانعام لا تستحق الاجر وقد قامت بمصالحه ، فلو كان اللبن تبعاً ولم يكن البدل مقابله لا يستوجب الاجر .

ثم قال السفناقي عجباً لمن تبع بعد هذا الإمام الكبير وبعد أن رأى مثل هذا الدليل الواضح والرواية المنصوصة عن محمد رحمه الله رأى من خالفه وليس هذا إلا تقليد صرف. وقال صاحب العناية الدليل ليس بواضح ، لأن مدار قوله لأنه هو المقصود وهو ممنوع ، بل المقصود هو الإرضاع وانتظام أمر معاش الصبي على وجه خاص يتعلق بأمور وسائط منها اللبن فجعل العين المربية منفعة ونقض القاعدة الكلية أن عقد الإجارة عقد على اتلاف المنافع مع الغني عن ذلك بما هو وجه صحيح ليس بواضح ولا تشيث له بما روى ابن سماعة عن محمد « رح » لأنه ليس بظاهر الرواية .ولئن كان فنحن بمعنى أن يستحق بعقدالإجارة وإنما الكلام في استحقاقه من حيث كونه مقصوداً أو تبعاً وليس في كلام محمد ما يدل على شيء من ذلك .

قلت قول شمس الأئمة هو الأقرب إلى الفقه ، لأن الأعيان تحدث شيئاً فشيئاً من يقـع أصلها بمنزلة المنافع فتجوز إجارتها كالعارية لمن ينتفع بالمتـــاع ثم يرده، والعرية لمن يأكل ثمرة الشجرة ثم يردها ، والمتخذ لمن يشرب لبن الشاة ثم يردها ، وإجارة الظئر ثابتة بنص القرآن الموافق للقياس الصحيح ، فيجب أن يكون أصلا يقاس عليها إجـــارة الشجر كثمرها وإجارة البقر للبنها والشاة ونحوها الا أن تجعل إجارة البقر بشرب لبنها باطلة ويقاس عليها إجارة الظئر كما ذكره المصنف .

وقد نص مالك على جواز إجـارة الحيوان مدة للبنه ، ثم من أصحابه من جوز ذلك مطلقاً تبعاً لنصه ، ومنهم من منعه ، ومنهم من شرط فيه شروطاً ، وقـــد ورد عن عمر رضي الله عنه انه ضمن حديقة سيد بن حظير ثلاث سنين ، وهذا يشهد من الصحابة ولم يرد

وسنبين العذر عن الارضاع بلبن الشاة إن شاء الله تعالى . وإذا ثبت ما ذكرنا يصح إذا كانت الأجرة معلومة اعتباراً بالاستئجار على الخدمة

أن أحداً منهم أنكره عليه . وجوز ذلك بعض اصحاب أحمد ، وجوز مالك ذلك تبعاً للارض قدر الثلث ولا شك ان المقصود من الظئر انما هو اللبن والحمل والخدمة فتبـع .

وإذا قيل أن الخدمة هي الأصل كان ذلك قلب الموضع ، ونظير ذلك ما قيل في الحمام وان الأجرة في مقابلة المقود في الحمام ، وإن استعمال الماء الجاري فيه تبع ، وهـذا قلب الموضوع ايضاً ، بل الحق أن استئجار الظئر إنما هو لارضاع الولد بلبنها على جاري العادة في ذلك ، وإن حمله وإلقامه الثدي ونحو ذلك تبع غير مقصود بالقصد الأول . ومن كابر في ذلك كان بمنزلة المكابر في الحسيات ، وكذلك دخول الحمام إنما هو المقصود فيه بالقصد الأول استعمال مائه ، وكيف يقول صاحب العناية بل المقصود هـــو الإرضاع إلى آخره حيث يجعل اللبن مع كونه أصلا ومقصوداً بالذات فرعاً وجزءاً من جملة الأمور والوسائط التي يتعلق بها انتظام أمر الصبي ، وكيف يقول لما روى ابن سماعة عن محمد غـــير ظاهر الرواية ، وهو من كبار اصحاب محمد وأبي يوسف القاضي وكان من العلماء الكبار الصالحين وكان يصلي كل يوم مائة ركعة .

(وسنبين العذر عن الإرضاع بلبن الشاة إن شاء الله تعالى) أراد به الجواب عن قول أهل المقالة الثانية حيث قالوا ولهذا لو أرضعته بلبن شاة لا تستحق الأجر وسيأتي ذلك قريباً من صفحة بقوله لأنها لم تأت بعمل فتستحق عليها (وإذا ثبت ما ذكرنا) يعني من جواز الاجارة بأحد الطريقين (يصح إذا كانت الأجرة معلومة اعتباراً بالاستئجـار على الخدمة) يعني أن الإجارة لما جازت باعتبار الخدمة فتعتبر باستئجار العبد للخدمة، فكل ما جاز ثمة يجوز هنا ، وكل ما لا يجوز ثمة لا يجوز هنا ، غير أى جواز استئجـار الظئر بالطعام والكسوة باعتبار أنها لا تفضى إلى المنازعة . قيل هذا تكرار لأنه قد علم من أول المسألة جوازها حيث صدر الحكم فاستدل فلم يقع هذا التكرار . أجيب انه أثبت اولاً جوازها بالكتاب والسنة ثم رجع إلى اثباتها بالقياس . ويجوز ان يكون توطئـــة لقوله ويجوز بطعامها وكسوتها ، يعني جازت بأجرة معلومة كسائر الإجارات وبطعامهـــا

قال ويجوز بطعامها وكسوتها استحساناً عند أبي حنيفة .
وقالا لا يجوز لان الاجرة مجهولة فصار كما إذا استأجرها للخبز
والطبخ . وله أن الجهالة لا تفضي إلى المنازعة ، لان في العادة التوسعة
على الاظآر شفقة على الاولاد ، فصار كبيع قفيز من صبرة .
بخلاف الخبز والطبخ ، لان الجهالة فيه تفضي إلى المنازعة .

وكسوتها أيضاً ، والأصوب أن يجاب بما قلنا آنفاً ، يعني غرضه من هذا أن يبين أن استئجار الظئر كاستئجار العبد على الخدمة ، فكل ما جاز هناك يجوز هنا والعكس أيضاً مع اعتبار أمر آخر هنا كما ذكرناه .

(قال) أي القدوري (ويجوز بطعامها وكسوتها استحساناً عند أبي حنيفة) وبه قال مالك وأحمد في حاوى الحنابلة . ويصح استئجار الظئر بطعامها وكسوتها ولها الوسط ، ومع النزاع كإطعام الكفارة .

(وقالا لا يجوز ، لأن الأجرة مجهولة) لأن الطعام مجهول الجنس والقدر والصفة ، وكذا الكسوة ، وبه قال الشافعي . وفي شرح الكافي قال أبو يوسف ومحمد إن سموا لها طول كل ثوب وعرضه ورفعته وضربوا لذلك أجلا فهو جائز ، وكذلك الطعام إن سموا لها كل يوم كيلا من الدقيق فهو جائز ، وإنما وجب لها الوسط من الطعام والكسوة إذا لم يوصف عند أبي حنيفة ، لأن البدل إذا ثبت في الذمة مطلقاً وجب مطلقاً منه كالمهر والدية (فصار كما إذا استأجرها للخبز والطبخ) يعني كما استأجر امرأة للخبز له كل يوم عشرة امناء وتطبخ له عشرة أرطال من اللحم مثلا،وتكون الأجرة الطعام والكسوة فإنه لا يجوز ، وهذا يلزم مالكاً وأحمد فانهما يجيزان ذلك .

(وله أن الجهالة) أي الجهالة المذكورة (لا تفضى إلى المنازعة، لأن في العادة التوسعة على الأظآر شفقة على الأولاد) والجرى على موجب مرادهن ولا يمنع إلا الجهالة المفضية إلى المنازعة ، والأظار على وزن افعال جمع ظئر (فصار كبيع قفيز من صبرة) فانه يجوز وللبائع أن يعطي من أى جانب شاء ،لانها جهالة لا تفضى إلى المنازعة (بخلاف

وفي الجامع الصغير فإن سمى الطعام دراهم ووصف جنس الكسوة وأجلها وذروعها فهو جائز ، يعني بالاجماع . ومعنى تسمية الطعام دراهم أن يجعل الاجرة دراهم ثم يدفع الطعام مكانها ، وهذا لا جهالة فيه ولو سمى الطعام وبين قدره جاز أيضاً لما قلنا ، ولا يشترط تأجيله لان أوصافها أثمان ، ويشترط بيان مكان الايفاء عند أبي حنيفة خلافاً لهما ، وقد ذكرناه في البيوع وفي الكسوة يشترط بيان الاجل

الخبز والطبخ ، لان الجهالة فيه تفضى إلى المنازعة) فلذلك لا يجوز .

(وفي الجامع الصغير فان سمى الطعام دراهم ووصف جنس الكسوة وأجلها) أى أجل الكسوة ، أراد به وقت العطاء (وذروعها فهو جائز يعنى بالإجماع) ذكر رواية الجامع الصغير إشارة إلى ما يجعله مجمعاً عليه بمعرفة الجنس والاجل والمقدار (ومعنى تسمية الطعام دراهم أن يجعل الاجرة دراهم ثم يدفع الطعام مكانها) أى مكان المسمى من الدراهم (وهذا لا جهالة فيه) أى جعل الاجرة على هذا الوجه لا جهالة فيه . قال السغناقي هذا تفسير الذي ذكره لا يستفاد من ذلك اللفظ ، ولكن يحتمل أن يكون معناه سمي الدراهم المقدرة بمقابلة طعامها ثم أعطي الطعام بأن الدراهم المسماة ، لانه ذكر في الجامع الصغير لفخر الإسلام ، أما إذا سمى الطعام دراهم ، فان معناه أن يجعل الدراهم به فلا شك في جوازه ثم يستبدل به طعاماً فيصح لو زيد في كلام المصنف بعد قوله أن يجعل الاجرة دراهم لفظة بدلاً استفاد المعنى الذي قاله السغناقي (ولو سمى الطعام وبين قدره جاز ايضاً لما قلنا) أشار به إلى قوله لا جهالة فيه .

(ولا يشترط تأجيله) أي تأجيل الطعام المسمى أجرة ،(لان أوصافها) أى اوصاف الطعام والتأنيث بتأويل الحنطة (اثمان) أراد أن المكيل والموزون إذا كان موصوفاً غير مشار ثم بدليل ثبوته في الذمة فلا يشترط بيان الاجل كما في سائر الاثمان ، وهذا احترازاً عن الطعام إذا كان مسلماً فيه فان الطعام فيه مبيع مع كونه ديناً فاشترط تأجيله (ويشترط بيان مكان الايفاء عند أبي حنيفة) إن كان له حمل ومؤنة (خلافاً لهما ، وقد

أيضاً مع بيان القدر والجنس ، لانه إنما يصير ديناً في الذمة إذا صار مبيعاً ، وإنما يصير مبيعاً عند الاجل كما في السلم . قـــال وليس للمستأجر أن يمنع زوجها من وطئها لان الوطء حـــق الزوج فلا يتمكن من إبطال حقه ، ألا ترى أن له أن يفسخ الاجارة إذا لم يعلم به صيانة لحقه ،

ذكرناه في البيوع) أي في باب السلم (وفي الكسوة يشترط بيان الاجل ايضاً) يعني إذا استأجرها بثياب يشترط فيه جميع شرائط السلم من بيان الاجل (مع بيان القدر والجنس) لان وجوب الثياب ديناً في الذمة عرف شرعاً ، بخـلاف القياس ، فيقتصر على مورده ، والشرع ورد بطريق السلم فيشترط جميـع شرائط السلم (لانه) أي لان وجوب الكسوة (إنما يصير ديناً في الذمة إذا صار مبيعاً ، وإنما يصير مبيعاً عند الاجل كما في السلم)وفي بعض النسخ انما صار مبيعاً والمعنى فهم مما ذكرنا آنفا .

(قال وليس للمستأجر أن يمنع زوجها) أي زوج الظئر (من وطئهـــا ، لأن الوطء حق الزوج فلا يتمكن) أي المستأجر (من إبطال حقه) وبه قال الشافعي وأحمد . وقال مالك ليس له وطئها إلا برضى المستأجر ، لأنه ينقص اللبن وقد يقطعه بالحبل .قلنا الوطء حق مستحق له قبل العقد بعقد النكاح وهو باق ، فلا يسقط بأمر موهم .

(ألا ترى) توضيح لما سبقه (أن له) أي لزوج الظئر (أن يفسخ الإجارة إذا لم يعلم به) أي بعقد الإجارة (صيانة لحقه) أي لحق الزوج ، وبه قالت الثلاثة . وعن الشافعي في وجه لا يصلح العقد بغير رضاه وبه قال أحمد « رح » . ولو زوج بعد عقد الاجارة له الفسخ بالإجماع . وقيل إن كان الزوج ممن يشبه أن تكون امرأة ظئراً فله الفسخ لدفع الضرر عنه وإلا لا . والأصح أنه له ذلك مطلقاً ، وهذا كان زوجها معروفاً وكان مجهولاً لا يعرف أنها امرأته إلا بقولها فليس له الفسخ ، لأن العقد قد لزمها وقولها غير مقبول في المستأجر لأنه يمكن منه المواضعة مع هذا الرجل ، وهو نظير المنكوحة إذا كانت مجهولة الحال فأقرت بالرق على نفسها لا يصدق في إبطال النكاح .

إلا أن المستأجر يمنعه عن غشيانها في منزله ، لأن المنزل حقه . فإن حبلت كان لهم أن يفسخوا الاجارة إذا خافوا على الصبي من لبنها ، لان لبن الحامل يفسد الصبي ، فلهذا كان لهم الفسخ إذا مرضت أيضاً وعليها أن تصلح طعام الصبي ، لان العمل عليها .

(إلا أن المستأجر يمنعه) أي يمنع زوج المرضعة (عن غشيانها في منزله ، لأن المنزل حقه) فلا يدخل إلا بإذنه (فإن حبلت) أي الظئر (كان لهم) أي لأهل الصغير (أن يفسخوا الإجارة إذا خافوا على الصبي من لبنها ، لأن لبن الحامل يفسد الصبي ولهذا كان لهم الفسخ إذا مرضت أيضاً) وكذا إذا كانت سارقة يخاف منها على المتاع . وكذا إذا تقيأ الصبي لبنها . وكذا إذا كانت فاجرة بيناً فجورها ، بخلاف ما إذا كانت كافرة حيث لا تفسخ ، لأن كفرها في اعتقادها ولا يضر بالصبي . وكذا اذا أرادوا السفر فتأبى الخروج معهم فهو عذر .

وأما عذرها فمرض يصيبها لا تستطيع معه الإرضاع ، وكذا إذا لم تكن معروفة بالظؤرة فلها ان تفسخ . وكذا إذا لم يكفوا عن إيصائها بسنتهم كان لها الفسخ ، كذا في المبسوط . ولو استأجر امرأته لارضاع ولده منها لا يجب الأجر ، وبه قال الشافعي والقاضي الحنبلي . وقال مالك وأحمد يجوز . قلنا هذا يجب عليه ديانة وإن كانت لا تجبر على ذلك ، كما لو استأجرها لكنس البيت أو الطبخ أو الغسل أو غير ذلك .وفي المبسوط ولو استأجرها لارضاع ولدها منه بمال الولد وللولد مال صح في روايتي ابن رستم عن محمد، ويكون لها الأجرة في مال الولد . ولو أستأجرها لإرضاع ولده من غيرها لا يجوز بلا خلاف وكان لها الأجر . ولو استأجر خادمها لترضع ولد منها لا يجب الأجر . ولو استأجر مكاتبتها جاز . ولو أرضعت خادمة الظئر الصبي فلها الأجر لأنه لم يشترط الارضاع بنفسها، كذا في الذخيرة.وقال أحمد وأبو ثور لا أجر لها كما لو اشترى لبن الغنم ، ويجوز استئجار أمته وأخته وابنته لرضاع ولده وكذا سائر أقاربه بلا خلاف .

(وعليها) أي على الظئر (أن تصلح طعام الصبي ، لأن العمل عليها) أي العمل الراجع إلى منفعة الصبي على الظئر .

والحاصل أنه يعتبر فيما لا نص عليه العرف في مثل هذا الباب فما جرى به العرف من غسل ثياب الصبي وإصلاح الطعام وغير ذلك فهو على الظئر . أما الطعام فعلى والد الولد . وما ذكر محمد « رح » أن الدهن والريحان على الظئر فذلك من عادة أهل الكوفة . وإن

(والحاصل أنه يعتبر فيما لا نص عليه العرف في مثل هذا الباب) أراد أن الأصل في الإجارة إذا وقعت على العمل فيما كان من توابع ذلك العمل ولم يشترط في الاجارة على الأجير فالمرجع فيه العرف (فما جرى به العرف من غسل ثياب الصبي وإصلاح الطعام وغير ذلك فهو على الظئر) وبه قالت الثلاثة . وعن الشافعي «رح» في وجه لا يلزمها . قال تاج الشريعة أراد غسل الثياب عن البول والغائط لا عن الدرن والوسخ (أما الطعام على والد الولد) أراد طعام الصبي (وما ذكر محمد أن الدهن والريحان على الظئر فذلك من عادة أهل الكوفة) لأن في توابع المقصود يرجع إلى العادة ، ولهذا قالوا فيمن استأجر فيان فالزنبيل واللبن على صاحب اللبن للعرف ، وإن كان العرف في بلد على خلافهم يؤخذ به . وقالوا في الخياط الخيط عليه ، وحط التراب على القبر على الحافر إن كان في بلد يتعاملون به .

وقالوا في الطباخ إذا استؤجر في عرس إخراج المرق عليه ، فإن طبخ قدراً خاصة فليس عليه ، وهذا مبني على العادة . وإدخال الحمل المنزل فيما إذا تكارى الدابة فعلى ما يفعله الناس . فأما الصعود به على السطح أو الغرفة فليس عليه إلا إذا شرط . ولو كان حمالاً على ظهره فيجب عليه الادخال وليس عليه الصعود به للعرف ، وأراد بالدهن الزيت غالباً ، لأن الصغير لا بد من دهنه بالزيت أحياناً وإن كان يتناول غيره من الأدهان . وأراد بالريحان الآس ، وهو الذي يقال له المرسين بلغة أهل مصر ، فإن كان الصغير لا يستغنى عنه البتة ... ، والريحان اسم لكل نبت طيبة الريح .

(وإذا[1] أرضعته في المدة بلبن شاة فلا أجر لها) وبه قالت الثلاثة (لأنها لم تأت بعمل مستحق عليها وهو الارضاع فإن هذا إيجار وليس بارضاع) هذا هو العذر الموعود قبله بقوله

---

(١) وإن — هامش .

أرضعته في المدة بلبن شاة فلا أجر لها لانها لم تأت بعمل مستحق عليها وهو الارضاع ، فإن هذا إيجار وليس بإرضاع وإنما لم يجب الاجر لهذا فإن المعنى انه اختلف العمل

وسنبين العذر عن الارضاع بلبن الشاة . وقال صاحب العناية وهذا دليل ظاهر على ما قدمنا ، فإنه إنما لم يجب الأجر لاختلاف العمل لا لانتفاء اللبن ، ولهذا لو أوجر الصبي بلبن الظئر في المدة لم يستحق الأجرة ، فعلم بهذا أن المعقود عليه الارضاع والعمل دون العين وهو اللبن . قلت قد مر الجواب عن هذا على أن السغناقي قال يجوز أن يكون هذا الحكم غير مسلم عند شمس الأئمة رحمه الله . قوله إيجار مصدر أوجرته إذا صببت في وسط فمه دواء . وكذا وجرته . والوجور بفتح الواو اسم لتلك الدواء .

فإن قلت الظئر أجير خاص أو أجير مشترك . قلت دل كلام مصنف المبسوط أنها أجير خاص ، حيث قال لو ضاع الصبي في يدها أو وقع فمات أو سرق الصبي أو من متاعه وثيابه في يدها لم تضمن الظئر ، لأنها بمنزلة الاجير الخاص لورود العقد على منافعها في المدة . ألا ترى أنها ليس لها أن تؤجر نفسها من غيرهم لمثل ذلك العمل ، والاجير الخاص أمين فيما في يده . ودل كلام صاحب الذخيرة أنها تجوز أن تكون خاصاً وأن يكون مشتركاً ، فإنها لو أجرت نفسها لقوم آخرين لذلك ولم يعلم الأولون فأرضعت كل واحد منهما وفوعت أثمت ، وهذا جناية منها ولها الاجر كاملاً على الفريقين وهذا يدل على أنها تحتملها فاعتبار أنها تستحق الأجر منهما كاملاً كالاجير المشترك ، وباعتبار أنها أثمت لما فعلت كالاجير الخاص ، وفيه نظر لا يخفى .

وقال علاء الدين الاسبيجابي في شرح الكافي المسائل متعارضة في هذا الباب بعضها يدل على أنها في معنى أجير الواحد ، وبعضها يدل على انها في معنى الاجير المشترك ، والصحيح أنه إن دفع الولد إليها لترضعه فهي أجير مشترك . وإن حملها إلى منزله فهي أجير واحد . وقال الكرخي في مختصره والظئر بمنزلة الاجير الخاص وليس لها أن تؤجر نفسها من غير الاولين (لأنها لم تأت بعمل مستحق عليها وهو الارضاع، فان هذا إيجار وليس بارضاع وإنما لم يجب الأجر لهذا المعنى) وهو المعنى الذي ذكره من قوله لأنها لم تأت بعمل مستحق عليها ... إلى آخره (انه اختلف العمل) بفتح همزة أن لانها بدل من المعنى في

بعض النسخ وهو أنه في بعضها لانه والصحيح الذي ضبطه مشايخنا هو الاول . وقال الاسبيجابي في شرح الكافي ولو استأجر ظئراً ترضع صبياً في بيتها فجعلت تؤجر بلبن الغنم وتغذوه بكل ما تصلحه حتى استكمل الحولين ولها لبن لم ترضعه منه بشيء أو ليس لها لبن فلا أجر لها لانها لم ترضعه . فإن جحدت ذلك وقالت قد أرضعته فالقول قولها مع يمينها إلا أن تقوم البينة على خلاف ذلك فيؤخذ بها ، لانها أقوى . وإن أقاما جميعاً البينة أخذت بينتها لانها تثبت استحقاق الاجر عليه ، فإن استأجرت له ظئراً فأرضعته كان مثل هذا في القياس ، ولكن استحسن أن يكون لها الاجر .

(قال) أي في الجامع الصغير (ومن دفع إلى حائك غزلاً لينسجه بالنصف) فالاجارة فاسدة فلذلك قال (فله أجر مثله) أي فللحائك أجر مثله ، لان هذا حكم الاجارة الفاسدة . وفي المبسوط حكى الحلواني عن استاذه أبي علي النسفي أنه كان يفتي بجواب دفع الثوب إلى الحائك لينسجه بالنصف في دياره بنصف ، لان فيه عرفاً ظاهراً ، وكذا مشايخ بلخ يفتون بجواز هذه الاجارة من الثياب للتأمل والقياس قد يتركه بالتعامل كما في الاستصناع . قال والاصح عندي أن ما ذكره في الكتاب أصح ، لان هذا في معنى قفيز الطحان على ما يجيء عن قريب .

وقالوا في شرح الجامع وكذلك إذا استأجر حماراً ورجلا يحمل طعاماً بقفيز منه محمولاً فالاجارة فاسدة ويجب أجر المثل ، وقال الفقيه أبو الليث هذا قول المتقدمين ، ولان مشايخ بلخ يجيزون ذلك مثل نصر بن يحي ومحمد بن سلمة . وفي خلاصة الفتاوى رجل دفع إلى حائك غزلاً وأمره بأن ينسج له ثوباً وبين صفته على أن ربعه أو ثلثه للحائك أجراً لعمله لم يجز ، وكان القاضي الامام أبو على النسفي يفتي بجوازه وينسف بحكم العرف . قال والفتوى على جواب الكتاب . وفي صحيح البخاري قال ابراهيم وابن شيرين وعطاء والحاكم والزهري وقتادة رحمه الله لا بأس أن يعطي الثوب بالثلث والربع ونحوه .

قال صاحب العناية فإن قيل إذا كان عرف دياره على ذلك فهل يترك به القياس .

قيل لا لأنه في معناه من كل وجـه ، يعني في معنى قفيز الطحان بالعرف . قلت الدلالة لا عموم لها حتى يخص عرف ذلك في موضعه ، انتهى . قلت قال تاج الشريعة كان تجويز هذه يعني بها بالإجارة التي أفتى بها مشايخ بلخ وأبو علي النسفي بطريق تخصيص دلالة النص الذي يحوك الثوب ببعضه ، غير أن الحاكم نظيره فيكون النص أراد فيـــه دلالة ، فمتى تركنا العمل بدلالة هذا النص في الحائك علمنا في قفيز الطحان كان تخصيصاً لدلالة النص لا تركاً للنص أصلا ، انتهى . فهذا صريح أن دلالة النص تخص ، والتخصيص لا يكون إلا في العموم ، على أنا نقول إن هذا الحديث الذي يتمسكون تارة بعمومه وتارة بخصوصه غير صحيح .

قال ابن قدامة في المغني وهذا الحديث لا نعرفه ولا يثبت عندنا صحته . وقال الشيخ شمس الدين القيم هذا الحديث لا يثبت بوجه ، مع أن لفظ الحديث نهى عن عسب الفحل وعن قفيز الطحان على ما نبينه عن قريب . وقوله نهى مبني لما لم يسم فاعله ، ولا يلزم أن يكون الناهي هو رسول الله ﷺ ، وأي فرق بين أن يستأجره ليطحن له حنطة بقفيز حنطة أو بقفيز من طحين غيرها ، بل هذا فرق صوري لأنا ننزله ولا يتعلق بذلك مفسدة قط لا جهالة ولا ربا ولا عذر ولا منازعة ولا ضرر . وأي غرر أو مفسدة في أن يدفع إليه غزله لينسجه ثوباً بذراع ، أو زيتوناً لعصرها زيتاً بجزء معلوم منه وأمثال ذلك مما هو مصلحة للمتعاقدين فقد لا يكون معـــه أجرة سوى ذلك الغزل أو الحب ، ويكون الأجر محتاجاً إليه وقد تراضيا بذلك فجوزناه .

وقال القياس وحاجة الناس وهو قول عطاء والزهري وأيوب ويعلى بن حكيم وقتادة وأحمد وإسحاق . واحتج أحمد بحديث جابر أن النبي عليه السلام أعطـى خيبر على الشطر . ولم يثبت عن الشارع ما يمنع ولا يترتب عليـه شيء من الفساد ، بل هو مصلحة محضة ، والمصنف أيضاً لم يقم دليلاً على مـــا ادعاه من الفساد سوى أن المستأجر عاجز عن تسليم الأجر وهو بعض المنسوخ أو المحمول ، وحصول بفعل الأجير فلا بعد هو قادربفعل غيره ،

وكذا إذا استأجر حماراً يحمل عليه طعاماً بقفيز منه فالاجارة فاسدة، لانه جعل الأجر بعض ما يخرج من عمله فيصير في معنى قفيزالطحان، وقد نهى النبي عليه السلام عنه وهو أن يستأجر ثوراً ليطحن له حنطة بقفيز من دقيقه ، وهذا أصل كبير يعرف به فساد

وهذا لا يعول ، فإن المزارع يأخذ جزءاً من الخارج والمضارب جزءاً من الربح ، والمعنى المذكور موجود في كل منهما ، بل هذا أولى بالجواز من المضاربة والمزارعة ، فإن الذي يأخذ منه الجزء هنا محقق الوجود وهناك معدوم على خطر الوجود لم يكن هذا المعنى مانعاً من جواز المزارعة والمضاربة ، فهنا أحق وأولى أن لا يمنع .

(وكذا إذا استأجر حماراً يحمل عليه طعاماً بقفيز منه فالإجارة فاسدة ، لأنه جعل الأجر بعض ما يخرج من عمله فيصير في معنى قفيز الطحان) فإذا صار معناه صار حكمه كحكمه (وقد نهى النبي ﷺ عنه) أي نهى النبي عليه السلام عن قفيز الطحان . وأخرجه الدارقطني ثم البيهقي في سننهما عن عبد الله بن موسى ثنا سفيان عن هشام كليب عن عبد الرحمن بن أبي نعيم عن أبي سعيد الخدري رضي الله عنه قال نهى عن عسب الفحل وعن قفيز الطحان . وأخرجه أبو يعلى الموصلي في مسنده عن ابن المبارك ثنا سفيان به ، وذكره عبد الحق في أحكامه من جهة الدارقطني قال فيه ، نهى رسول الله ﷺ هكذا مبنياً للفاعل كما قاله المصنف ، وتعقبه ابن القطان في كتابه وقال إني تتبعته في كتاب الدارقطني من كل الروايات فلم أجده إلا هكذا نهى عن عسب الفحل وقفيز الطحان مبنياً للمفعول.

(وهو) أي قفيز الطحان ، أي تفسيره (أن يستأجر ثوراً ليطحن له حنطة بقفيز من دقيقه) وكذا لو استأجر رجلاً ليطحن له هكذا ، والحنطة في جواز ذلك أن يشترط صاحب الحنطة قفيزاً من الدقيق الجيد ولم يقل من هذا الحنطة ، لأن الدقيق إذا لم يكن مضافاً إلى حنطة بعينها يجب في الذمة . ثم إذا جاز يعطيه من دقيق هذه الحنطة (وهذا أصل كبير) أي جعل الأجر بعض ما يخرج من عمل الأجير أصل عظيم (يعرف به فساد

كثير من الاجارات لا سيما في ديارنا . والمعنى فيه أن المستأجر عاجز عن تسليم الاجر وهو بعض المنسوج أو المحمول وحصوله بفعل الاجير فلا يعد هو قادراً بقدرة غيره ، وهذا بخلاف ما إذا استأجره ليحمل نصف طعامه بالنصف الآخر حيث لا يجب له الاجر ،

كثير من الإجارات) كما إذا استأجر أن يعصر له سمسماً بمن من دهنه ، وكذا إذا دفع أرضه ليغرس شجراً على أن تكون الأرض والشجر بينهما نصفان لم يجز ذلك والشجر لرب الأرض وعليه قيمة الشجر وأجر ما عمل . وكذا لو استأجر امرأة لتقول هـذا القطن وهذا الصوف برطل في الغزل وكذا عجنـا الطحن بالنصف ، ودياس الدخن بالنصف ، وحصاد الحنطة بالنصف ونحو ذلك ، وكل ذلك لا يجوز (لاسيما في ديارنا) أي خصوصاً في ديارنا وديارة بلاد فرغانة وراء جيحون ومدينة مرغينان ، وهي من بلاد فرغانة .

(والمعنى فيه) أي في النهي عن قفيز الطحان (أن المستأجر عاجز عن تسليم الأجر) لأن المسمى غير مقدور التسليم عند العقد (وهو بعض المنسوج) في مسألة الحائك (أو المحمول) أي وبعض المحمول في مسألة استئجار الحمال لحمل الطعام وليس لـه حكم الوجود ، لأنه غير واجب في الذمـة فكان معدوماً فيعجز عن تسليمه لأن وجوده (وحصوله بفعل الأجير فلا يعد) أي المستأجر (هو قادراً بقدرة غيره) إذا العبرة بقدرة نفسه . وفي مبسوط صـدر الإسلام وجامعه معنى النهي في قفيز الطحان ، ونظائره أنه جعل شرط صحة العقد بناء على حكم العقد ، لأنه لا يمكنه تسليمه إلا بعد العمل ، وشرط العقد لا يجوز أن يكون حكم العقـد ، لأنه خلاف وضع الشرع إذ الشرط يسبقه والحكم يعقبه .

(وهذا) أي وهـذا الذي ذكرنا من فساد الإجارة فيما إذا استأجر حماراً ليحمل طعاما بقفيز منه (بخلاف ما إذا استأجره) أي الحمار (ليحمل نصف طعامه بالنصف الآخر حيث لا يجب له الأجر) هذه من مسائل إجارات الجامع الكبير ، وهنا مسألة أخرى وهي ما إذا استأجر رجلا ليحمل لـه كر حنطة إلى بغداد مثلا بنصفه كانت

لان المستأجر ملك الاجر في الحال بالتعجيل فصار مشتركاً بينهما . ومن استأجر رجلاً لحمل طعام مشترك بينهما لا يجب الاجر ، لان ما من جزء يحمله إلا وهو عامل لنفسه فلا يتحقق تسليم المعقود عليه ولا يجاوز بالاجر قفيزاً ،

الإجارة فاسدة وله أجر مثله إن بلغ بغداد لا يجاوز قيمته نصف الكر عندنا . والفرق بينهما أن الحنطة هنا صارت محمولة بعمل الأجير فكان في معنى قفيز الطحان فيكون فاسداً فيجب أجر المثل .

وأما في مسألة الكتاب فلما أشار إليه بقوله (لأن المستأجر) بفتح الجيم وهو الأجير (ملك الاجر في الحال بالتعجيل) لأن تسليم الاجرة بحكم التعجيل يوجب الملك في الأجرة (فصار مشتركا بينهما . ومن استأجر رجلا لحمل طعـــام مشترك بينهما لا يجب الأجر ، لأن ما من جزء يحمله إلا وهو عامل لنفسه فلا يتحقق تسليم المعقود عليه) وفيه خلاف الشافعي « رح » . قيل هاهنا نظير أن الأول في قوله حيث لا يجب الأجر كيف يقول لا يجب ، لأنه قد وجب وقبض وهـــو نصف الطعام ، ثم يقول لأن المستأجر ملك الأجر .

والثاني في قوله لأن ما من جزء يحمله إلا وهو عامل لنفسه نظر ، فإن هذا ممنوع، لأن صورة المسألة ان الطعام مشترك بينهما ، فكيف يقال إن كل جزء منـــه يكون الشريك الحامل له عاملا لنفسه ، وإن كان مراده أن ما من جزء إلا وهو مشترك بينهما فيكون بهذا الاعتبار عاملا لشريكه بعكس عليه . ويقال إنه إذا كان ما من جزء إلا وهومشترك بينهما فيكون بهذا الاعتبار عاملاً لشريكه ، ولكن الحق أن الجزء الذي لشريكه ليس هو عاملاً لنفسه فيه ، بل لشريكه فهو في الحقيقة عامل لنفسه وعامـل لشريكه فأخذه الأجرة في مقابلة عمله لشريكه . ولو قال ما من قفيز أو ما من حبة أو نحو ذلك لـكان أقرب من قوله من جزء ، لأن الجزء ينطلق على الشائع والتعميم غير ممنوع .

(ولا يجاوز بالأجر قفيزاً) هذا يتصل بقوله وكذا إذا استأجر حماراً ليحمل طعاماً

لانه لما فسدت الاجارة فالواجب الاقل مما سمى ومن أجر المثل ، لانه رضي بحط الزيادة ، وهذا بخلاف ما إذا اشتركا في الاحتطاب حيث يجب الاجر بالغاً ما بلغ عند محمد « رح » ، لان المسمى هناك غير معلوم فلم يصح الحط . قال ومن استأجر رجلاً ليخبز له هذه العشرة المخاتيم اليوم بدرهم فهو فاسد،وهذا عند أبي حنيفة « رح ».

بقفيز منه ، وانتصاب قفيزاً على المفعولية والفاعل هو قوله بالأجر على رأى من يجوز اسناد الفعل الى الجار والمجرور ، وهذا إذا كان لا يجوز على البناء للفاعل يكون الفـاعل هو الضمير في لا يجاوز الراجع إلى المستأجر ، وتكون البـاء للمصاحبة والتقدير لا يجاوز المستأجر مع الأجر قفيز الذي كان أجرة (لأنه لما فسدت الإجارة فالواجب الأقـل مما سمى ومن أجر المثل ، لأنه) أي لأن الحامل (رضي بحط الزيادة) أي الزيادة على احدهما من المسمى ومن اجر المثل ، أما رضاه بالمسمى فعقده عليه، وأما رضاه بأجر المثل فإقدامه على الإجارة الفاسدة .

(وهذا بخلاف ما إذا اشتركا في الاحتطاب حيث يجب الأجر بالغاً ما بلغ عند محمد لأن المسمى هناك) وهو نصف الحطب (غير معلوم فلم يصح الحط) وعند أبي يوسف لا يجاوز بأجرة نصف ثمن ذلك لا قد رضي بنصف المسمى حيث اشتركا كما لو استأجر لحمل الحنطة بقفيز منها .

(قال) أي في الجامع الصغير (ومن استأجر رجلا ليخبز له هذه العشرة المخاتيم) وهو جمع مختوم وهو الصلح بعينه ويشهد عليه حديث الخدري الوسق ستون مختومـاً ، وسمى به لأنه يجعل على أعلاه خاتم مطبوع كيلا يزاد لا ينقص . وفي المبسوط المختوم والقفيز واحد قوله هذه مفعول بقوله ليخبز ، والعشرة صفته ، المخاتيم مجرور بالإضافة كما في قولك الخمسة الاثواب على رأى الكوفيين ، وقوله (اليوم) نصب على الظرف أي اليوم (بدرهم) يتعلق بقوله استأجر (فهو فاسد) أى عقد هذه الإجارة فاسد (وهذا) أي فساد هذا العقد (عند أبي حنيفة) .

وقال أبو يوسف ومحمد « رح » في الاجارات هو جائز لانه يجعل المعقود عليه عملا ، ويجعل ذكر الوقت للاستعجال تصحيحاً للعقد فترتفع الجهالة . وله أن المعقود عليـــه مجهول ، لان ذكر الوقت يوجب كون المنفعة معقوداً عليها وذكر العمل يوجب كونه معقوداً عليه ولا ترجيح ، ونفع المستأجر في الثاني ونفع الاجير في الاول فيفضي إلى المنازعة

(وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله في الإجارات) أي من إجـارات المبسوط (هو جائز) وبه قالت الثلاثة ، وإنما قيد قولهما بهذا القيد لأنه لم يذكر قولهما في الجامع الصغير وفي المبسوط قولهما استحسان (لأنه يجعل المعقود عليه عملا) لأنه المقصود في الإجارات (ويجعل ذكر الوقت للاستعجال) لا لتعلق العقد به ، فـكان استأجره بعمل على أن يفرغ منه في نصف النهار كان له الأجر كاملا ، ولو لم يفرغ في اليوم فعليه أن يعمله في الغد، لأنه صار أجيراً مشتركاً والحمل على هذا ما لا بد منه (تصحيحاً للعقد فترتفع الجهالة) بمـــا ذكرنا من الحمل .

(وله) أي ولأبي حنيفة رضي الله عنه (أن المعقود عليه مجهول) لأنه ذكر سببين مختلفين يصلح كل واحد منهما ان يكون معقوداً عليه (لأن ذكر الوقت يوجب كون المنفعة معقوداً عليها ، وذكر العمل يوجب كونه معقوداً عليه ولا ترجيح) لاحدهما على الآخر في الأولوية (ونفع المستأجر في الثاني) وهو كون العمل معقوداً عليه حتى لا يجب الأجر إلا بتسليم العمل اليه (ونفع الاجير في الاول) وهو كون ذكر الوقت موجبـــاً لكون المنفعة معقوداً عليها ، حتى يستحق الأجر بمجرد تسليم النفس في المدة وإن لم يعمل فجاز أن يطلب الاجـــير أجره نظراً إلى الاول ويمنعه المستأجر نظراً إلى الثاني (فيفضي إلى المنازعة).

فإن قيل ما الفرق بين هذه وبين ما إذا قال إن خطبته اليوم فلك درهم وإن خطبته غداً فلك نصف درهم ، فان أبا حنيفة رحمه الله أجاز الشرط الاول ، وجعـــل ذكر

وعن أبي حنيفة « رح » أنه تصح الاجارة إذا قال في اليوم وقد سمى عملا . لانه للظرف فكان المعقود عليه العمل بخلاف قوله اليوم وقد مر مثله في الطلاق . قال ومن استأجر أرضاً على أن يكربها ويزرعها ويسقيها فهو جائز ، لان الزراعة

الوقت للتعجيل وبينها وبين ما إذا استأجر رجلا ليخبز له قفيز دقيق على أن يفرغ عنه اليوم فان الإجارة فيها جائزة بالإجماع ، أجيب في الفرق بينهما وبين الاول بأن دليل المجاز وهو نقصان الاجر للتأخير فيها صرفه عن حقيقته التي هي للتوقيت اتى المجاز الذي هو التعجيل ، وليس في مسألتنا ما يعرفه عنها فلا يصار إلى المجاز ، وكذلك بينها وبين الثانية ، فان كله فيها معنى الشرط على ما عرف في موضعه ، فحيث جعله شرطاً دل على أن مراده التعجيل .

يؤيده ما روى عن أبي حنيفة وهو قوله (وعن أبي حنيفة رحمه الله انه تصح الإجارة إذا قال في اليوم وقد سمى عملا) أي سمى المعقود عليه عملا كانه قال إن عملت في بعض اليوم (لانه للظرف) أي لان في الظرف لا للمدة والمظروف لا يستغرق الظرف (فكان المعقود عليه العمل) لانه كأنه قال إن عملت في بعض اليوم وذلك يفيد التعجيل فكان العمل هو المعقود عليه .

(بخلاف قوله اليوم) لانه المدة ، لانه بدون في فيستقر جميع الظروف فيصلح أن يكون معقوداً عليه ، ويلزم الجهالة . وقال تاج الشريعة إذا لم يذكر حرف في مستوعب الظرف فبالنظر الى قوله لتخبز لي هذه العشرة المخاتيم يكون المعقود عليه هو العمل ، وبالنظر إلى قوله اليوم يكون المعقود عليه هي المنفعة فجهل المعقود عليه ففسدت الإجارة (وقد مر مثله في الطلاق) أي فصل إضافة الطلاق إلى الزمان في قوله أنت طالق في غد وقال نويت آخر النهار .

(قال) أي في الجامع الصغير (ومن استأجر ارضاً على أن يكربها) من كرب الارض كرباً قلبها للحرث من باب طلب يطلب (ويسقيها ويزرعها فهو جائز ، لان الزراعة

مستحقة بالعقود ولا يتأتى الزراعة إلا بالسقي والكرب فكان كل واحد منهما مستحقاً ، وكل شرط هذه صفته يكون من مقتضيات العقـــد فذكره لا يوجب الفساد ، فإن شرط أن يثنيها أو يكري انهارها أو يسرقنها فهو فاسد ،لانه يبقى أثره بعد انقضاء المدة وانـه ليس من مقتضيات العقد ، وفيه منفعة لاحد المتعاقدين ، وما هذه حاله توجب الفساد ، ولان مؤاجر الأرض يصير مستأجراً منافع الأجير على وجـه يبقى بعـــد المدة ، فيصير صفقتان في صفقـة وهو منهي عنه .

مستحقة بالعقد ولا يتأتى الزراعة إلا بالسقى والكراب ، فكان كل واحد منهما مستحقاً وكل شرط هذه صفته يكون من مقتضيات العقد فذكره لا يوجب الفساد) لان الشرط الملائم لا يفسد العقد .

(فان شرط أن يثنيها) من التثنية ويجيء الآن ، أما المراد من التثنية (أو يكرى انهارها)أي يحضر من الكري وهو الحضر (أو يسرقنها) من سرقنت الارض إذا جعلت السرقين ويسمى السرجين وهي الزبل (فهو فاسد) أي فان العقد فاسد (لانه يبقىأثره) أي أثر كل واحد من المذكورات وهي التثنية والكري والسرقنة (بعد انقضاء المدة ، وانه ليس من مقتضيات العقد ، وفيه منفعة لاحد المتعاقدين) وهو رب الارض (ومـا هذه حاله توجب الفساد ، لان مؤاجر الارض يصير مستأجراً منافع الاجير على وجـــه يبقى بعد المدة فيصير صفقتان في صفقة وهو منهى عنه) أي كون الصفقتين في صفقـــة منهى عنه ، أي نهى عنه رسول الله ﷺ روى أحمد رحمـــه الله في مسنده حدثنا حسن وأبو النصر واسود بن عامر قالوا ثنا شريك عن سماك عن عبد الرحمن بن عبدالله بن مسعود عن أبيه قال نهى رسول الله ﷺ عن صفقتين في صفقة واحدة . قال شريك قال سماك هو أن يبيع الرجل بيعاً فيقول هذا نقداً بكذا ونسيئة بكذا وقد مر الكلام فيـــه مستوفى في البيوع .

ثم قيـــل المراد بالتثنية أن يردها مكروبة ولا شبهة في فساده . وقيل أن يكربها مرتين وهـذا في موضع يخرج الأرض الربـع بالكراب مرة والمدة سنة واحـــدة . وإن كانت ثلاث سنين لا يبقى منفعة ، وليس المراد بكري الانهار الجداول بل المراد منها الأنهار العظام هو الصحيح ، لأنه يبقى منفعته في العام القابل . قـــال

(ثم قيل المراد بالتثنية أن يردها) أي الارض (مكروبة ولا شبهة في فساده) لانه يقتضيه العقد ، لان الزراعة لا تتوقف عليه (وقيل أن يكربها مرتين وهـذا في موضع تخرج الأرض الريـع بالكراب مرة ، والمدة) أي مدة الاجارة (سنة واحدة) فاذا كان كذلك يفسد العقد ايضاً ، لان فيه منفعة لاحدهما .

(وإن كانت) أي المدة (ثلاث سنين لا يبقى منفعة) فلا يفسد العقد أيضاً ، لانفيه من مقتضيات العقد ، وكذا إذا كان الكراب مرتين والمدة سنة ، ولكن لا تخرج الارض البديع إلا بالكراب مرتين ، لانه ليس فيه منفعة لاحدهما، وقد ذكر الفقيه ابو الليث عن مشايخنا انهم قالوا هذا الجواب في بلادهم ، أما في بلاد الخضرة نحو المزارعة بهذا الشرط لان منفعة التثنية في بلاد الخضرة لا يبقى بعد انقضاء المدة، فان الارض وان كربت مراراً فلما تبقى منفعتها إلى العام الثاني .

(وليس المراد بكري الأنهار الجداول) وهو جمع جـدول وهو النهر الصغير (بل المراد منها الأنهار العظام هو الصحيح) احترز به عن قول من قال المراد بالأنهار الجداول وهو قول خواهر زادة ، وبه كان يفتى ، فإنه كان سوى بين الأنهار وبين الجداول عمل باطلاق لفظ الكتاب (لأنه يبقى منفعته) أي منفعة كري الأنهار العظام (في العام القابل) ومنفعة الجداول لا تبقى إلى العام القابل ، كذا ذكره المحبوبي ، فكان المستأجر هو المنتفع بالجداول خاصة وهو واجب على المستأجر بدون الشرط ، فكان شرطاً بقبضه العقـد فلا يفسد به . وصاحب المحيط اختار القول الذي نفاه المصنف .

(قال) أي في الجامع الصغير (وإن أستأجرها ليزرعها بزراعة أرض اخرى فلا خير

وإن استأجرهـــا ليزرعها بزراعة أرض أخرى فلا خير فيه . وقال الشافعي هو جائز ، وعلى هذا إجارة السكنى بالسكنى ، واللبس باللبس ، والركوب بالركوب . له أن المنافع بمنزلة الأعيان حتى جازت الإجارة بأجرة دين ولا يصير ديناً بدين . ولنـــا أن الجنس بانفراده يحرم النساء عندنا فصار كبيع القوهي بالقوهي نسيئة ، وإلى هـــذا

فيه) أي لا يجوز أصلاً ، هكذا فسره غالب الشراح ولم يبين أحد منهم وجه العدول عن لفظه لا يجوز أو يفسد إلى هذا اللفظ إلا تاج الشريعة ، فإنه قال من دواب محمد رحمه الله انه يذكر الأخير فيما لم يجد نصاً صريحاً في فساده ليكون بيـان الفساد بطريق الإقتضاء لا بالإفصاح .

فإن قلت ما وجه تفسير لاخير هل يجوز أصلاً . قلت لأن النفي الجنس ، فإذا انتفت الخيرية من كل وجه ينتفي الجواز أصلاً .

(وقال الشافعي « رح » هو جائز) اختلف جنس المنفعة وانفق ، وبـه قال مالك وأحمد رحمها الله ، وعلى هذا الخلاف (وعلى هذا إجارة السكنى بالسكنى واللبس باللبس والركوب بالركوب) بأن أجر داره ليسكنها بسكنى داراً أخرى أو ثوبـاً ليلبسه بلبس ثوب آخر ودابة ليركبهـا بركوب دابة أخرى (له) أي الشافعي « رح » (أن المنافع بمنزلة الأعيان حتى جازت الإجارة بأجرة دين) على المؤجر ولو لم تكن المنافع بمنزلة الأعيان لكان ذلك ديناً بدين ، وهو لا يجوز ، أشار إليه بقوله (ولا يصير دينـاً بدين) أي الإجارة بأجرة دين .

(ولنا أن الجنس بانفراده يحرم النساء عندنا) بفتح النون أي التأجيل (فصار كبيع القوهي بالقوهي نسيئة) صار حكم هذه الإجارة كحكم بيع الثوب القوهي بالثوب القوهي إلى أجل . وهو بضم القاف وسكون الواو وكسر الهاء نسبة إلى قوهستان كورة من كور فـارس . وإنما لم يجز البيع هنا لأن أحد وصفي علة الربا كاف في حرمة النساء وهو الجنس ، فكذا في المنافع إذا وجد فيها الجنس يحرم (وإلى هذا أشار محمد) أي مـا ذكر من الحكمين ،

أشارِ محمد « رح » ولأن الإجارة جوزت بخلاف القياس للحاجة ولا حاجة عند اتحاد الجنس . بخلاف ما إذا اختلف جنس المنفعة

أعني حكم استئجار الأرض لزراعتها بزراعة أرض أخرى وما أشبهها وحكم بيع القوهي بقوهي أشار محمد بن الحسن رحمه الله وهو ما روى ابن سماعة كتب من بلخ إلى محمد وقال لم لا يجوز إجارة سكنى دار بسكنى دار ، فكتب محمد « رح » في جوابه إنك أطلت الفكرة فأصابتك الحياة وجالست الجنائي فكانت منك ذلة ، أما علمت أن إجارة سكنى دار بسكنى دار كبيع قوهي بقوهي نساء . الجنائي اسم محدث ينكر الخوض على ابن سماعة في هذه المسائل ويقول لا برهان لكم عليها .

(ولأن الإجارة جوزت بخلاف القياس للحاجة) هذا طريق آخر في فساد الإجارة المذكورة ، وهي أن الإجارة إنما شرعت على خلاف القياس لحاجة الناس (ولا حاجة عند اتحاد الجنس) لأنه كان متمكناً من السكنى قبل ذلك العقد فلا يحصل بالعقد إلا ما كان متمكناً منه باعتبار ملكه ، والكمال من باب الفصول والإجارة ما شرعت لاستيفاء الفصول (بخلاف ما إذا اختلف جنس المنفعة) بأن استأجر ركوباً بلبوس لتحقق الحاجة فيجوز .

فإن قيل النساء ما يكون عن اشتراط أجل في العقد ، وتأخير المنفعة فيما نحن فيه ليس كذلك . أجيب إنهما لما أقدما على عقد يتأخر المعقود عليه فيه ويحدث شيئاً فشيئاً كان ذلك أبلغ في وجوب التأخير من المشروط ، فألحق به دلالة احتياطاً عن شبهة الحرمة ، قيل فيه نظر ، لأن في النساء شبهة الحرمة فبالحاق به يكون شبهة الشبهة وليس بحرمة . أجيب بأن الثابت بالدلالة كالثابت بالعبارة فبالالحاق تثبت الشبهة لا شبهتها .

فإن قيل قبل النساء إنما يتصور في مبادلة موجود في الحال بما ليس كذلك ، وفيما نحن فيه ليس كذلك ، فإن كل واحد منهما ليس بموجود بل يحدثان شيئاً فشيئاً . أجيب بأن الذي لم تصحبه الباء يقام فيه العين مقام المنفعة ضرورة تحقق المعقود عليه دون ما تصحبه لفقدانها فيه ولزوم وجود أحدهما حكماً وعدم الآخر وتحقق النساء . ثم لو استوفى المنفعة عند اتحاد الجنس فعليه أجر المثل في ظاهر الرواية ، لأنه استوفى المنفعة بالإجارة

قال وإذا كان الطعام بين رجلين فاستأجر أحدهما صاحبه أو حمار صاحبه على أن يحمل نصيبه فحمل الطعام كله فلا أجر له . وقـــال الشافعي له المسمى ، لأن المنفعة عين عنده وبيع العين شائعاً جائز ، فصار كما إذا استأجر داراً مشتركة بينه وبين غيره ليضع فيها الطعام

الفاسدة . وذكر الكرخي عن أبي يوسف رحمه الله أنه لا شيء عليه .

(قال) أي في الجامع الصغير (وإذا كان الطعام بين رجلين فاستأجر أحدهما صاحبه أو حمار صاحبه على أن يحمل نصيبه فحمل الطعام كله فلا أجر له) يعني لا المسمى ولا أجر المثل ، وعلى قياس قول أبي حنيفة ينبغي أن يجب أجر المثل كما في إجارة المشاع ، لكن الفرق أن فساد العقد هناك للعجز عن استيفاء المعقود عليه على الوجه الذي أوجبه العقد لا لانعدام الاستيفاء أصلاً ، وهنا البطلان لتعذر الاستيفاء أصلاً وبدون الاستيفاء لا يجب الأجر في العقد الفاسد .

وقال الكرخي في مختصره قـــال ابن سماعة عن محمد رحمه الله أن الطعام بين رجلين ولأحدهما سفينة فأراد أن يخرجا بالطعام من بلدهما إلى بلد آخر فـاستأجر أحدهما نصف سفينة صاحبه بحصته بعشرة دراهم فهو جائز ، وكذلك لو أراد أن يطبخ الطعام فاستأجر نصف الرحى الذي لشريكه ، قال وكذلك لو استأجر منه نصف جواليقه هـذه ليحمل فيها هذا الطعام إلى مكة فهو جائز . ولو استأجر عبد صاحبه أو دابة صاحبه أو دابة عبد صاحبه ليحمل ، أو استأجر العبد ليحفظ الطعام وهو استأجر العبد والدابة كله أو نصفه فإن ذلك لا يجوز . فإن حمل على الدابة فلا أجر له . ثم قال الكرخي قـــال محمد رحمه الله وكل شيء استأجر من صاحبه مما يكون عملاً فإنه لا يجوز ، وإن عمله فلا أجر له ، وكل شيء ليس يكون عملاً استأجر أحدهما من صاحبه فهو جائز .

(وقال الشافعي رحمه الله له المسمى ، لأن المنفعة عين عنده وبيع العين شائعاً جائز) وبه قال أحمد (فصار كما إذا استأجر داراً مشتركة بينه وبين غيره ليضع فيهـا الطعام أو عبداً مشتركاً ليخيط له الثياب) حيث يجب الأجر .

أو عبداً مشتركاً ليخيط له الثياب . ولنا أنه استأجره لعمل لا وجود له ، لأن الحمل فعل حسي لا يتصور في الشائع ، بخلاف البيع لأنه تصرف حكمي ، وإذا لم يتصور تسليم المعقود عليه لا يجب الأجر . ولأن ما من جزء يحمله إلا وهو شريك فيه فيكون عاملاً لنفسه فلا يتحقق التسليم ،

(ولنا أنه استأجره) أي أن أحد الشريكين استأجر الآخر (لعمل لا وجود له) فصار كإجارة ما لا منفعة له ، قيل هذا ممنوع بل لعمله وجود ، وإلا يلزم أن الحصة التي لشريكه لا وجود لها لكونها شائعة ، ولو كان ذلك صحيحاً لكانت حصته أيضاً لا وجود لها لكونها شائعة ، وهذا من نوع السفسطة وإن كان الحقائق ، وفيه نظر ، لأن معنى قوله وجود له لا يتميز وجوده ، ومنكر هذا منكر الحقائق (لأن الحمل فعل حسي لا يتصور في الشائع) إذ الحمل يقع على معين ، والشائع ليس بمعين وهذا ضرب النصب الشائع في العبد المشترك لا يتصور . وكذا وطء الجارية المشتركة لا يتصور . وكذا وطء الجارية المشتركة في النصيب الشائع لعدم تصور الفعل الحسي في الشائع . فان قلنا إذا حمل الكل فقد حمل البعض لا محالة ، فيجب الأجر . قلت حمل الكل حمل المعين ونصيبه ليس بمعين فيما وجد نصيبه .

(بخلاف البيع) جواب عن قياس الشافعي رضي الله عنه على البيع ، فأجاب بأن البيع ليس كذلك (لأنه تصرف حكمي) أي شرعي ، والتصرف في الشائع شرعاً كما إذا باع أحد الشريكين نصيبه (وإذا لم يتصور تسليم المعقود عليه لا يجب الأجر) لأن الأجر يترتب على ذلك (ولأن ما من جزء يحمله) دليل آخر على المطلوب وجهه أن حامل الشيء ما يحمل من جزئه (إلا وهو شريك فيه) وكل من حمل شيئاً كان شريكاً فيه (فيكون عاملاً لنفسه) ومن كان عاملاً لنفسه (فلا يتحقق التسليم) منه فلا يستحق أجراً على غيره .

فان قيل لا يخلو من أنه عامل لنفسه فقط ، وعامل لنفسه ولغيره فالأول ممنوع فانه

بخلاف الدار المشتركة ، لأن المعقود عليه هنالك المنافع ، فيتحقق تسليمها بدون وضع الطعام . وبخلاف العبد لأن المعقود عليه إنما هو ملك نصيب صاحبه ، وإنه أمر حكمي يمكن إيقاعه في الشائع . ومن استأجر أرضاً ولم يذكر أنه يزرعها أو أي شيء يزرعها فالإجارة فاسدة ،

شريك والثاني حق ، لكن عدم استحقاقه الأجر على ما فعله لنفسه لا يستلزم عدمه بالنسبة إلى ما وقع لغيره . أجيب أنه عامل لنفسه فقط ، لأن عمله لنفسه فقط أصل وموافق للقياس ، وعمله لغيره ليس بأصل بل يتأتى على أمر مخالف للقياس للحاجة ، وهي تندفع بجعله عاملاً لنفسه لحصول مقصود المستأجر ، فاعتبر جهة كونه عاملاً لنفسه فقط فلم يستحق الأجر .

فان قيل المحمول مشترك فينبغي أن يكون الحمل كذلك أجيب بأن وقوع الحمل مشتركاً محال ، لأنه عوض يتجزأ .

(بخلاف الدار المشتركة) جواب عن قياس الخصم على استئجار الدار المشتركة فقال (لأن المعقود عليه هنالك المنافع) أي منافع الدار والبدل بمقابلتها ولا شركة له في ذلك (فيتحقق تسليمها بدون وضع الطعام) فانه إذا تسلم البيت ولم يضع فيه الطعام وجب عليه الأجر بخلاف الحمل ، فإن المعقود عليه هو العمل ، وتسليمه في الشائع لا يتحقق كما مر .

(وبخلاف العبد) جواب عن قياس على استئجار العبد المشترك ، ووجهه أن المستأجر للعبد المشترك يملك منفعة نصيب صاحبه ، وهو معنى قوله (لأن المعقود عليه إنما هو ملك نصيب صاحبه) وفي بعض النسخ ملك صاحبه (وانه) أي ملك نصيب صاحبه (أمر حكمي يمكن إيقاعه في الشائع) كما في البيع ، بخلاف الحمل ، لأنه فعل حسي .

(ومن استأجر أرضاً ولم يذكر انه يزرعها) أي استأجرها للزراعة ولم يبين (أو أي شيء يزرعها) من أنواع الحبوب (فالاجارة فاسدة) بجهالة المعقود عليه وبه قال الشافعي

لأن الأرض تستأجر للزراعة ولغيرها . وكـــذا ما يزرع فيها مختلف فمنه ما يضر بالأرض وما لا يضر بها غيره فلم يكن المعقود عليـــه معلومـاً . فإن زرعها ومضى الأجل فله المسمى ، وهذا استحسان . وفي القياس لا يجوز وهو قول زفر « رح » ، لأنه وقع فاسداً فلا ينقلب جائزاً . وجه الإستحسان أن الجهالة ارتفعت قبل تمام العقد فينقلب جائزاً ،

وأحمد رحمها الله في الصورتين، وكان له أن يفعل في الأول ما يشبه البناءوالغرس والزرع، فان أشبه الجميع وكان بعضه بالأرض من بعض لم يصح العقد . وفي الثاني وهو أن يذكر الزرع صح العقد ولا يزرع إلا ما يشبهه ، ذكره في الجواهر . أما لو استأجرها ليزرع فيها ما شاء أو يغرس ما شاء يجوز بالاجماع . ولو قال لتزرعها ما شئت وتغرسها ما شئت صح أيضاً وهو المنصوص عن الشافعي رحمه الله وخالفه أكثر صحبه . وقالوا لا يجوز لأنه لا يدرك كم يزرع وكم يغرس . وقال بعضهم يصح ويغرس نصفها ويزرع نصفها (لان الارض تستأجر للزراعة ولغيرها) نحو البناء والغرس وحفظ الامتعة ونحوها .

(وكذا ما يزرع فيها مختلف فمنه) أي مما يزرع (ما يضر بالارض وما لا يضر بها غيره) كالذرة والدرزقان ضررهما بالارض أكثر من ضرر الحنطة والشعير ، ومنه مـا لا يضر كالقطن والبطيخ (فلم يكن المعقود عليه معلوماً) فيفسد العقد للجهالة (فان زرعها) أي الارض نوعاً من أنواع الزراعة في المسألة المذكورة (ومضى الاجل)المضروب فيها(فله المسمى) أي فللمولى ما سميا عند العقد (وهذا) أي وجوب المسمى لانقلاب العقدصحيحاً (استحسان . وفي القياس لا يجوز وهو قول زفر رحمه الله) والشافعي وأحمد (لانه) أي العقد (وقع فاسداً فلا ينقلب جائزاً) فيجب أجر المثل .

(وجه الاستحسان أن الجهالة ارتفعت) بوقوع ما وقع فيها من الزرع(قبل تمام العقد) بنقض القاضي (فينقلب جائزاً) لان الاجارة عقد يعقد للاستقبال ، فاذا شهد المزروع في بعض المدة وعرف انه ضاراً وليس بضار فقـــد ارتفعت الجهالة المفضية إلى النزاع في

كما إذا ارتفعت في حالة العقد ، وصار كما إذا أسقط الأجل المجهول قبل مضيه والخيار الزائد في المدة . ومن استأجر حماراً إلى بغداد بدرهم ولم يسم ما يحمل عليه فحمل ما يحمل الناس فنفق في بعض الطريق فلا ضمان عليه ، لأن العين المستأجرة أمانة في يد المستأجر وإن كانت الإجارة فاسدة .

ذلك الوقت (كما إذا ارتفعت في حالة العقد) لان كل جزء منه بمنزلة ابتدائه . ولو ارتفعت من الابتداء جاز فكذا هنا (وصار كما إذا أسقط الاجل المجهول قبل مضيه) بأن باع إلى الحصاد والدياس فأسقط الاجل قبل أوان الحصاد والدياس (والخيار الزائد في المدة) بأن شرط الخيار أربعة أيام مثلاً ثم أسقط اليوم الرابع قبل هذا رد المختلف على المختلف ، فان زفر « رح » لم يقل بالانقلاب إلى الجواز لا هنا ولا هناك .

أجيب بأنه لما أثبت ذلك بدليله فيما تقدم ذكره هنا بطريق مبادىء فيكون مثل الإيضاح لما وقع الكلام فيه من المقيس فيه ، وإن كان هو مختلفاً في نفسه . وقيل هذا تكرار لأنه ذكر في الأول باب ما يجوز من الإجارة ، ويجوز استئجار الأراضي للزراعة ولا يصح العقد حتى يسمى ما يزرع فيها . أجيب بأن ذلك وضع القدوري وهذا وضع الجامع الصغير يشتمل على زيادة فائدة ، وهي قوله وإن زرعها ومضى الأجل فله المسمى وفيه نظر ، لأن اختلاف الوضعين لا ينبغي التكرار في حكم واحد ، وكان ينبغي ذكر الفائدة الزائدة هناك .

(ومن استأجر حماراً إلى بغداد بدرهم ولم يسم ما يحمل عليه فحمل ما يحمله الناس فنفق) أي الحمار أي هلك (في بعض الطريق فلا ضمان عليه ، لأن العين المستأجرة أمانة في يد المستأجر) لأنه قبضها بإذن المالك (وإن كانت الإجارة فاسدة) حرف إن واصلة بما قبله ، لأن حكم الفاسد يؤخذ من الصحيح ، ولا يعلم خلاف أن هذه الإجارة فاسدة ، والفاسدة في حكم الصحيحة في أن العين المستأجرة أمانة فلا يضمن بلا تعد ، وإنما قيد بقوله حمل ما يحمله الناس ، وأراد به الحمل المعتاد ، لأنه إذا حمل غير المعتاد فهلك

فإن بلغ إلى بغداد فله الأجر المسمى استحساناً على ما ذكرنا في المسألة الأولى . وإن اختصما قبل أن يحمل عليه . وفي المسألة الاولى قبل أن يزرع نقضت الإجارة دفعاً إذ الفساد قائم بعد

الحمار يجب أن يضمن ، وانما يجب الضمان في الحمل المعتاد لعدم المخالفة ، لان مطلق الإذن ينصرف إلى المعتاد ولم يتعد المعتاد .

(فإن بلغ إلى بغداد فله الأجر المسمى استحساناً على ما ذكرنا في المسألة الأولى)وهو قوله وجه الاستحسان أن الجهالة ارتفعت قبل تمام العقد ، فإنه لما حمل عليه ما يحمل الناس من الحمل فقد تعين الحمل وارتفعت الجهالة المفضية إلى النزاع ، فانقلب إلى الجواز ووجب المسمى . وفي القياس يجب أجر المثل وهو قول زفر والشافعي وأحمد رحمهم الله .

(وإن اختصما قبل أن يحمل عليه) أي على الحمار (وفي المسألة الاولى قبل أن يزرع) أي واختصما في المسألة الاولى وهي ما إذا استأجر أرضاً ولم يذكر أنه يزرعها.. إلى آخره (نقضت الاجارة دفعاً للفساد ، إذ الفساد قائم بعد) أي فساد العقد باق وثابت بعد الاجارة قبل الحمل على الحمار وقبل الزراعة في الارض قال دفعاً للفساد بالدال . ولو قال رفعاً للفساد بالراء كان أولى لان الفساد قائم يحتاج إلى الرفع ، والرفع لا يكون إلا في غير القائم فافهم .

* * *

باب ضمان الأجير

قال الأجراء على ضربين ، أجير مشترك وأجير خاص ، فالمشترك من لا يستحق الأجرة حتى يعمل كالصباغ والقصار ،

(باب ضمان الأجير)

الأجير على وزن فعيل لكن بمعنى فاعل ، أي آجر . قال الأترازي فعيل بمعنى مفاعيل من باب أجر ، واسم الفاعل منه مؤجر ، قلت هذا غلط ، لأن فعيلاً بمعنى فاعل لا يكون إلا من الثاني ، وكيف يقول بمعنى مفاعل من باب أجره يعني به من المزيد بدليل قوله واسم الفاعل منه مؤجر .

(قال) أي القدوري (الأجراء على ضربين) الأجراء على وزن فعلاء جمع أجير ،قيل هذا انقسام الشيء إلى نفسه وهو باطل . أجيب بأن الكلام إذا دخل على الجمع ولامعهود يبطل معنى الجمعة ، فيكون الجنس فيصح الانقسام (أجير مشترك) وسؤال عن وجه تقديمه على الخاص دوري (وأجير خاص) أي والثاني أجير خاص (فالمشترك من لا يستحق الأجرة حتى يعمل كالقصار والصباغ) قيل هذا التعريف دوري ، لأنه لا يعلم من لا يستحقها قبل العمل حتى يعلم الأجير المشترك فيكون معرفة المعروف موقوفة على معرفة المعرف وهو الدور . أجيب بأنه قد علم مما سبق في باب الأجرة متى تستحق أن بعض الأجراء يستحق الأجرة بالعمل فلم يتوقف معرفته على معرفة معرف . وقال الكاكي في هذا تعريفه بالأجل الأشهر . قلت بل هو تعريف بالمساوي على ما لا يخفى . قيل قوله من لا يستحق الأجرة حتى يعمل مفرد ، والتعريف بالمفرد لا يصح عند أكثر المحققين . أجيب بأن قوله كالقصار والصباغ منضم إليه فصار تعريفاً بالمثال وهو صحيح . قيل فيه نظر ، لأن قوله لأن المعقود عليه ينافي ذلك ، لأن التعليل على التعريف غير صحيح .

لأن المعقود عليه إذا كان هو العمل أو أثره كان له أن يعمل للعامة ، لأن منافعه لم تصر مستحقة لواحد فمن هـــذا الوجه يسمى أجيراً مشتركاً . قال والمتاع أمانة في يده ، فإن هلك لم يضمن شيئاً عند أبي حنيفة وهو قول زفر « رح » ويضمنه عندهما إلا من شيء غالب كالحريق الغالب والعدو المكابر لهما ما روي عن عمر وعلي رضي الله عنهما أنهما كانا يضمنان الأجير المشترك ،

قلنا هنا من التعريفات اللفظية فلا يحتاج إلى هذه التكلفات .

(لأن المعقود عليه إذا كان هو العمل) هو القصارة (أو أثره) أي أو أثره ، أي اثر العمل كالصبغ (كان له أن يعمل للعامة ، لأن منافعه لم تصر مستحقة لواحد ، فمن هذا الوجه) أي من حيث أن منافعه لم تصر مستحقة لواحد (يسمى أجيراً مشتركاً) بين الناس غير مخصوص لواحد بعينه .

(قال والمتاع أمانة في يده ، فإن هلك لم يضمن شيئاً عند أبي حنيفة رحمه الله ، وهو قول زفر « رح ») والحسن بن زياد والشافعي في قول وأحمد في رواية وإسحاق والمزني، وروي عن علي رضي الله عنه (ويضمنه عندهما) وبه قال الشافعي « رح » في قـــول ، وأحمد « رح » في رواية ، ومالك وابن أبي ليلى وعطاء وطاووس ومجاهـد « رح » (إلا من شيء غالب كالحريق الغالب والعدو المكابر) لأن الحفظ عنه غير واجب فلا يضمن لعدم الجناية والتقصير .

(لهما ما روي عن عمر وعلي رضي الله عنهما أنهما كانا يضمنان الأجير المشترك) روى البيهقي من طريق الشافعي أخبرنا ابراهيم بن يحي عن جعفر بن محمد عن أبيه عن علي رضي الله عنهم أنه كان يضمن الصباغ والصائغ وقال لا يصلح للناس إلا ذلـــك . وروي عن خلاس عن علي رضي الله عنه أنه كان يضمن الأجير . قال البيهقي الأول فيه انقطـــاع يعني أبي جعفر وعلي رضي الله عنه . والثاني يضعفه أهل الحديث ويقولون أحاديث خلاس عن علي من كتاب . واستدل ابن الجوزي في التحقيق على أنه لا ضمان على الأجير المشترك

ولأن الحفظ مستحق عليه إذ لا يمكنه العمل إلا به ، فإذا هلك بسبب يمكن الأحتراز عنه كالغصب والسرقة كان التقصير من جهته فيضمنه كالوديعة إذا كانت بأجر ، بخلاف ما لا يمكن الإحتراز عنه كالموت حتف أنفه والحريق الغالب وغيره ، لأنه لا تقصير من جهته، ولأبي حنيفة إن العين أمانة في يده ، لأن القبض حصل بإذنه ، ولهذا لو هلك بسبب لا يمكن الاحتراز عنه لا يضمنه .

ولو كان مضموناً

بما رواه الدارقطني حدثنا الحسين بن اسماعيل ثنا عبد الله بن شبيب حدثني اسحاق بن محمد ثنا يزيد بن عبد الملك عن محمد بن عبد الرحمن الحجبي عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن رسول الله ﷺ قال لا ضمان على مؤتمن . وقال صاحب التنقيح هذا إسناد لا يعتمد عليه ويزيد بن عبد الملك ضعفه أحمد وغيره . وقال النسائي متروك الحديث وعبد الله بن شبيب ضعفوه .

(ولأن الحفظ مستحق عليه) أي واجب (إذ لا يمكنه العمل إلا بـه) أي بالحفظ (فإذا هلك بسبب يمكن الاحتراز عنه) بسبب ممكن الاحتراز عنه (كالغصب والسرقة كان التقصير من جهته فيضمنه كالوديعة إذا كانت بأجر) لأنه صار بالتقصير تاركاً ذلك الحفظ المستحق فيضمن ، فصار مثل الدق ، فالمستحق بالعقد دق سليم عن عيب التحرق، فإذا انحرق كان ضامناً (بخلاف ما لا يمكن الاحتراز عنه كالموت حتف أنفه والحريق الغالب وغيره) مثل بسيل الغالب والفار على بلد هو فيه (لأنه لا تقصير من جهته) فلم يكن متعدياً فلا يضمن .

(ولأبي حنيفة رحمه الله أن العين أمانة في يده ، لأن القبض حصل بإذنه) لإقامة العمل فيه فلا يكون مضموناً عليه كالمودع وأجير الواحد (ولهذا) توضيح لما قبله (لو هلك بسبب لا يمكن الاحتراز عنه لا يضمنه ، ولو كان مضموناً) يعني ولو كان المتاع

يضمنه كما في المغصوب ، والحفظ مستحق عليه تبعاً لا مقصوداً ، ولهـــذا لا يقابله الأجر ، بخلاف المودع بالأجر ، لأن الحفظ مستحق عليه مقصوداً حتى لا يقابله الأجر . قال وما تلف بعمله كتخريق الثوب من دقه

مضموناً في يـده (يضمنه كما في المغصوب) أي كما يضمـــن في المغصوب في الحالين (والحفظ مستحق عليه تبعاً) هذا جواب عن سؤال مقدر تقريره أن يقال الاعتبار غير صحيح، لأن مانحن فيه الحفظ والحفظ مستحق عليه تبعاً (لا مقصوداً) أي غير معقود عليه، لكنه وسيلة إليه وذلك لان العقد وارد على العمل لكونه أجيراً مشتركاً ، والحفظ ليس بمقصود أصلي بل لاقامة العمل ، فكان تبعاً فلم يكن مقصوداً (ولهـــذا) أي ولكون الحفظ مستحقاً عليه تبعاً لا مقصوداً (لا يقابله الاجر) أي لا يقابل الحفظ الاجر .

(بخلاف المودع بالاجر ، لان الحفظ مستحق عليه مقصوداً) لان المقصود بالذات هو الحفظ (حتى لا يقابله الاجر) أي حتى يقابـل الحفظ فيها مقصوداً ، بخلاف الأجـــير المشترك ، فإن المقصود فيه العمل ، فلا يكون عقد معاوضة فلا يقتضي السلامة . قيـل هذه المسألة مختلفة بين الصحابة رضي الله عنهم ، فلهذا اختار المتأخرون الفتوى بالصلح على النصف ، لان فيه عملا بأقوال الصحابة وفيه نظر ، لان هـذا قول خارج عن أقوال الصحابة وترك للعمل بأقوالهم أن الصحابة اختلفوا على القولين لا غير أما الضمان أو عدم الضمان . وفي الخلاصة بعض العلماء أفتوا بقولهما ، وأئمة سمرقند أفتوا بالصلح على النصف. وكان الإمام المرغيناني يفتي بقول أبي حنيفة رحمه الله فقيل له من قال بالصلح هل يجبر لو امتنع ، قال لا . وقال كنت أفتي زمان بالصلح فرجعت لهذا ، والقاضي الامام قاضي خان يفتي بقول أبي حنيفة رحمه الله . وقال تاج الشريعة ذكر الفقيه أبو الليث أن الفتوى على قول أبي حنيفة « رح » ثم عندهما إن شاء المالك ضمنه المقصور وأعطـى الاجرة غير مقصور ولا أجر له .

(قال وما أتلف بعمله) أي بعمل الاجير المشترك (كتخريـق الثوب من دقـــه

وزلق الحمال وانقطاع الحبل الذي يشد به المكاري الحمل وغرق السفينة من مده مضمون عليه وقال زفر والشافعي « رح » لا ضمان عليه ، لأنه أمره

وزلق الحمال وانقطاع الحبل الذي يشد به المكاري الحمل ، وغرق السفينة من مدها[1]) من مد الملاح السفينة ، فالمصدر مضاف إلى مفعوله ، والفاعل مطوي ذكره ، والغرق بفتح الراء مصدر غرق في الماء إذا غار (مضمون عليه) أي على الاجير المشترك ، ورفع مضمون على أنه خبر المبتدأ وهو قوله وما به . قال مالك وأحمد والشافعي رحمهم الله في قول وروي ذلك عن عمر وعبيد الله بن عتبة وشريح والحسن والحكم .

وقال الكرخي في مختصره وأجمع أبو حنيفة وأبو يوسف ومحمد وابن أبي ليلى أنه مضمون بالعمل الذي يأخذ عليه الاجر فيضمن القصار ما تحرق في دقه أو من عده أو من غمزه أو من بسطه . وكذلك الصباغ في ذلك كله . ويضمن أيضاً في طبخ الثوب إذا كان مما يطبخ ، وكذلك الملاح يضمن ما كان في مدة أو خدمة أو ما يعالج به السفينة للمسيرة . وكذلك الحمال إذا أسقط ما حمله من رأسه أو يده أو عثر فسقط ما معه فإنه يضمن ذلك كله ، وكذلك المكاري إذا كان من سوقه أو من قوده وانقطع الحبل الذي شده على المتاع وفسد كل هؤلاء يضمنون ما يفسد به المتاع من فساد يلحقه منه عند حمله سفينة أو بسوقه الدابة عليه المتاع أو قوده .

وقال حماد بن أبي سليمان وزفر والحسن بن زياد هو مؤتمن في ذلك لم يضمن إلا إن تعدى . وفي التحفة ولم تخرق بدق أجير القصار لا ضمان عليه ، ولكن يجب الضمان على الاسناد . وفي شرح الكافي ولو وطىء الاجير على ثوب القصار مما لا يوطأ فخرقه كان ضمانه عليه .

(وقال زفر والشافعي رحمهما الله لا ضمان عليه) قال الربيع هذا مذهب الشافعي « رح » ، وروي ذلك عن عطاء وطاووس (لانه أمره) أي لان صاحب المتاع من

---

(١) من مده — هامش.

بالفعل مطلقاً فينتظمه بنوعيه المعيب والسليم ، وصار كأجير الواحد ومعين القصار . ولنا أن الداخل تحت الإذن ما هو الداخل تحت العقد وهو العمل الصالح ، لأنه هو الوسيلة إلى الأثر وهو المعقود عليه حقيقة . حتى لو حصل بفعل الغير يجب الأجر فلم يكن المفسد مأذوناً فيه . بخلاف المعين لأنه متبرع فلا يمكن تقييده بالمصلح ، لانه يمتنع عن التبرع ، وفيما نحن فيه يعمل بالاجر فأمكن تقييده . وبخلاف الأجير الواحد على ما نذكره إن شاء الله تعالى ، وانقطاع

الاجير المشترك (بالفعل مطلقاً) بأن استأجره ليدق الثوب ولم يرد على ذلك ما يدل على السلامة (فينتظمه بنوعيه) أي فينتظم المطلق بنوعي الفعل (المعيب والسليم) بالجر فيها على أنه عطف بيان أو بدل ، ويجوز الرفع فيها على تقدير أحدهما المعيب والآخر السليم (وصار كأجير الواحد ومعين القصار) حيث لا ضمان عليهما .

(ولنا أن الداخل تحت الاذن ما هو الداخل تحت العقد وهو العمل الصالح) وفي بعض النسخ الصالح (لانه هو الوسيلة إلى الاثر) الحاصل في العين من فعله (وهو المعقود عليه حقيقة) لكونه هو المقصود (حتى لو حصل بفعل الغير يجب الاجر) وإذا كان كذلك كان الامر مقيد بالسلامة (فلم يكن المفسد) من العمل (مأذوناً فيه) كما لو وصف نوعاً من الدق فجاءه بنوع آخر .

(بخلاف المعين) أي معين القصار (لأنه متبرع فلا يمكن تقييده) أي تقييد عمله (بالمصلح ، لأنه يمتنع عن التبرع وفيا نحن فيه يعمل بالأجر فأمكن تقييده) أي بالمصلح قبل الملتزم أن يلتزم جواز الامتناع عن التبرع فيا يحصل به المضرة لغير من تبرع له . ولو علل بأن التبرع بالعمل بمنزلة الهبة وهي لا تقتضي السلامة كان أسلم (وبخلاف أجير الواحد على ما نذكره إن شاء الله تعالى) أي أجير المستأجر الواحد ، وسيأتي في آخر الباب .

(وانقطاع الحبل) جواب عما عسى أن يقال انقطاع الحبل ليس من صنع الأجير ، فما

الحبل من قلة اهتمامه فكان من صنيعه . قال إلا أنه لا يضمن به بني آدم ممن غرق في السفينة أو سقط من الدابة وإن كان بسوقه وقوده ، لأن الواجب ضمان الآدمي وانه لا يجب بالعقد ، وإنما يجب بالجناية ، ولهذا يجب على العاقلة وضمان العقود لا تتحمله العاقلة . قال وإذا استأجر من يحمل له دناً من الفرات فوقع في بعض الطريق فأنكسر فإن شاء ضمنه قيمته في المكان الذي حمله ولا أجر له ، وإن شاء ضمنه قيمته في الموضع الذي انكسر وأعطاه أجره بحسابه

وجه ذكره من جملة ما تلف بعمله ، فأجاب بقوله (فإنه من قلة اهتمامه فكان من صنيعه) أراد أنه إنما انقطع من قلة افتقاده كل ساعة ، لأنه ربما ينحل انبرامه أو يبلى من كثرة الإستعمال ولا يهون عليه تجديده وتبديله بأقوى منه (إلا انه) استثناء من قوله مضمون ، أي إلا أن الأجير المشترك (لا يضمن به) أي بفعله (بني آدم ممن غرق في السفينة أو سقط من الدابة وإن كان بسوقه وقوده) قيل إذا كان يستمسك على الدابة ويركب وحده وإلا فهو كالمتاع ، والصحيح أنه لا فرق . وكذا رواه ابن سماعة عن أبي يوسف « رح » في الوضيع ، وكذا ذكره التمرتاشي . وفي الاختيار ولو غرقت في موج أو ريح أو صدم جبل أو زوحم الجمال فلا ضمان عليهم لأنهم لا فعل لهم في ذلك (لأن الواجب ضمان الآدمي وانه) أي ضمان الآدمي (لا يجب بالعقد ، وإنما يجب بالجناية ، ولهذا يجب على العاقلة وضمان العقود لا تتحمله العاقلة) لأنهم لا يتحملون إلا ضمان الجنايات .

(قال) أي في الجامع الصغير (وإذا استأجر من يحمل له دناً من الفرات فوقع في بعض الطريق فانكسر فان شاء ضمنه قيمته) أي قيمة الدن (في المكان الذي حمله ولا أجر له ، وإن شاء ضمنه قيمته في الموضع الذي انكسر وأعطاه أجره بحسابه) قال السغناقي إنما وضع المسألة في الفرات لأن الدنان الجديدة كانت تباع هنالك ، قيد بقوله في بعض الطريق لأنه لو انكسر بعدما انتهى إلى المكان المشروط من جناية يده فلا ضمان عليه وله الأجر . وكذا نقل عن الامام صاعد النيسابوري كذا في المبسوط . وقوله

أما الضمان فلما قلنا ، والسقوط بالعثار أو بانقطاع الحبل وكل ذلك من صنيعه . وأما الخيار فلأنه إذا انكسر في الطريق والحمل شيء واحد تبين أنه وقع تعدياً من الابتداء من هذا الوجه. وله وجه آخر وهو أن ابتداء الحمل حصل بإذنه

فانكسر ليس بقيد ، فانه لو كسره عمداً فالحكم كذلك عندنا . وعند زفر والشافعي رحمهما الله إن انكسر لا ضمان عليه لما قلنا . وإن كسره يضمن قيمته في المكان الذي كسره ويعطيه أجر ما حمل . في شرح الطحاوي فلو زحمه الناس حتى انكسر فانه لا يضمن بالاجماع لأن ذلك بمنزلة الحرق الغالب ، ولو انه هو الذي زحم الناس حتى انكسر فانه يضمن بالاجماع .

(أما الضمان فلما قلنا) أنه أجير مشترك وقد تلف المتاع بصنعه في شرح الطحاوي والراعي بمنزلة الأجير المشترك إذا كان يرعى للعامة فما تلف من سوقه وضربه إياها بخلاف العادة فانه يضمن لأنه من جناية يده . وإذا ساق الدواب على السرعة ، فاذا زحمت على القنطرة ودفعت بعضها بعضاً فسقطت إلى الماء وعطبت فانه يضمن ، لأنه من جناية يده . ولو أن رجلاً قال استأجرتك لترعى غنمي خاصة مدة معلومة فهذا أجير الواحد . وفي الفتاوى الصغرى الراعي إذا كان مشتركاً لا يجب عليه رعي الأولاد التي تحدث فان شرط عليه في أصل العقد يجب عليه رعى الأولاد (والسقوط بالعثار) أي سقوط الحامل يحصل بالعثار (أو بانقطاع الحبل ، وكل ذلك من صنيعه وأما الخيار فلأنه إذا انكسر في الطريق والحمل شيء واحد) أي والحال أن الحمل شيء واحد حكماً إذ الحمل المستحق بالعقد ما ينتفع به وهو أن يجعله محمولاً إلى موضع بعينه (تبين أنه وقع تعدياً من الابتداء) أي من ابتداء العقد (من هذا الوجه) يتعلق بقوله وقع تعدياً ، وأراد به الوجه الذي ذكره وهو أن الحمل شيء واحد فيكون انكساره في الطريق كانكساره ابتداء .

(وله وجه آخر) أي لوجوب الضمان وجه آخر (وهو أن ابتداء الحمل حصل باذنه

فلم يكن من الابتداء تعدياً ، وإنما صار تعدياً عند الكسر فيميل إلى أي الوجهين شاء . وفي الوجه الثاني له الأجر بقدر ما استوفى . وفي الوجه الأول لا أجر له لأنه ما استوفى أصلاً . قال وإذا فصد الفصاد أو بزغ البزاغ ولم يتجاوز الموضع المعتاد فلا ضمان عليه فيما عطب من ذلك

فلم يكن من الابتداء تعدياً) لأن ابتداءه في الحقيقة سليم (وإنما صار تعدياً عندالكسر) أراد أنه كان في الابتداء غير متعد ، فلما كسره ظهر انه متعد ، ولكن ما كان ظهوره إلا عند الكسر ، فاذا كان جهة الضمان دائر بين الأمرين (فيميل إلى أي الوجهين شاء) .

(وفي الوجه الثاني) وهو ما إذا شاء تضمين قيمته في المكان الذي انكسر (له الاجر بقدر ما استوفي ، وفي الوجه الأول) وهو ما إذا شاء تضمين قيمته في المكان الذي حمله (لا أجر له ، لأنه ما استوفى عمله أصلا) فالوجه الاول وجه حكمي ، فلهذا قلنا انه ليس يجمع بين الأجر والضمان ، لأنهما لا يجتمعان عنده إذا كان في حالة واحدة ، وقد اختلفت الحالة هنا لأنه في الوجه الثاني جعل المتاع أمانة عنده من حيث حمل إلى أن كسر والاجر يجب في حالة الامانة ، وإنما صار مضمونا في حالة الكسر وهذه حالة أخرى .

فان قلت كان ينبغي أن لا يخير عند أبي حنيفة رحمه الله لكن يضمن قيمته في المكان الذي انكسر ، لان المال أمانة عند الأجير المشترك عنده ، وإذا كان أمانة وجب أن لا يضمن قيمته في المكان الذي حمله منه . قلت هذا ليس كذلك على الاطلاق ، ولكن القبض يقع على وصف التوقف عنده ، فان ظهر بصنعه ظهر انه كان مضموناً عليه ، فجاز أن يكون له الخيار .

(قال) أي القدوري (وإذا فصد الفصاد أو بزغ البزاغ) فصد من باب ضرب يستعمل في الآدمي ، وبزغ من باب فتح يستعمل في الحيوان يقال بزغ البيطار الدابة إذا شقها بالمبزاغ وهو مثل مشرط الحجام ، ومادته باء موحدة وزاي وغين معجمتان (ولم

وفي الجامع الصغير بيطار بزغ دابة بدانق فنفقت ، أو حجام حجم عبداً بأمر مولاه فمات لا ضمان عليه ، وفي كل واحد من العبارتين نوع بيـــان . ووجهه أنه لا يمكنه التحرز عن السراية لأنه يبتني على قوة الطبائع وضعفها في تحمل الألم فلا يمكن التقييد بالمصلح من العمل . ولا كذلك دق الثوب ونحوه مما قدمناه ، لأن قوة الثوب

يتجاوز الموضع المعتاد فلا ضمان عليه فيما عطب من ذلك) أي فيما هلك ، ولا يعلم فيـه خلاف . قيد بقوله ولم يتجاوز الموضع المعتاد لأنه إذا تجاوز الموضع المعتاد يضمن . وقال صاحب الاختيار ولا ضمان على الفصاد والبزاغ ، إلا أن يتجاوز الموضع المعتاد لأنـه إذا فعل المعتاد لا يمكنه الاحتراز عن السراية ، لانه ينبني على قوة المزاج وضعفـه ، وذلك غير معلوم فلا يتقيد فيـــه ، بخلاف دق الثوب لان رقته وثخانته تعرف لاهل الخبرة فيتقيد بالصلاح . وفي الفتاوى الصغرى والتتمة إذا شرط على الحجام والبزاغ العمل على وجه لا يسري لا يصح هذا الشرط ، لانـــه ليس في وسعه ذلك . ولو شرط على القصار العمل على وجه لا ينخرق صح لأنه وسعه ذلك .

(وفي الجامع الصغير بيطار بزغ دابة بدانق فنفقت) أى هلكت (أو حجام حجم عبـــداً بأمر مولاه فـمات لا ضمان عليه) إنما أعاد المسألة المذكورة بينهما على مزيد فائدة المار اليها بقوله (وفي كل واحد من العبارتين نوع من بيان) أراد بهما عبارةالقدورى رحمه الله وعبارة الجامع الصغير ، وأراد بيع منالقدوري انه ذكر عدم التجاوز عنالموضع المعتاد ، ويفيد أنه إن تجاوز ضمن وبنوع بيان من الجامع الصغير أنه بين الأجرة ، وكون الحجامة بأمر المولى والهلاك ، ويفيد انه إذا لم يكن بأمره يضمن .

(ووجهه) أي وجه عدم الضمان (أنهلايمكنه التحرز عن السراية لأنه يبتنى على قوة الطبائع وضعفها في تحمل الألم فلا يمكن التقييد بالمصلح من العمل) لئلا يتقاعد الناس عنه مع مساس الحاجة (ولا كذلك دق الثوب ونحوه مما قدمناه) أشار به إلى قوله لأن الاحتراز عن التحريق بالدق ممكن ليمكن التقييد بالمصلح (لأن قوة الثوب ورقتهتعرف

ورقته تعرف بالاجتهاد، فأمكن القول بالتقييد. قال والأجير الخاص الذي يستحق الأجرة بتسليم نفسه في المدة وإن لم يعمل، كمن استؤجر شهراً للخدمة أو لرعي الغنم،

بالاجتهاد فأمكن القول بالتقييد) بالمصلح . وفي بعض النسخ ودقته بالدال وكلاهما بمعنى واحد، ثم إذا تجاوز المعتاد يضمن ولم يبين قدر ذلك الضمان على تقدير الحياة أو الموت كم هو، قيل ذلك بحسب قدر التجاوز حتى أن الختان لو ختن فقطع الحشفة ينظر إن برىء فعليه كمال دية النفس وإن مات فعليه نصف الدية.

وهذا من العجب إذ هو مخالف لجميع مسائل الديات، فإنه كلما زاد أثر جنايته انتقص ضمانه وينبغي أن يزداد ضمانه، كما في قطع اليد وقتله خطأ، وقد ذكر السرخسي في مبسوطه فقال محمد في النوادر انه لما برىء كان عليه ضمان الحشفة وهي عضو مقصودة لا ثاني له في النفس، فيتقدر بدله ببدل النفس كما في قطع اللسان. ولو مات حصل تلف النفس بفعلين أحدهما مأذون فيه وهو قطع الجلد والآخر غير مضمون وهو قطع الحشفة فعليه نصف بدل النفس لذلك.

فان قيل التنصيف بالبدل يعتمد التساوى في السبب وقد انتفى، لأن قطع الحشفة أشد إفضاء إلى التلف من قطع الجلدة لا محالة، فكان كقطع اليد مع حر الرقبة. أجيب بأن كل واحد يحتمل أن يقع إتلافاً وأن لا يقع والتفاوت غير مضبوط فكان هذا بخلاف الحر، فإنه لا يحتمل ان لا يقع اتلافاً.

(قال) أي القدوري (والأجير الخاص الذي يستحق الأجرة بتسليم نفسه في المدة وإن لم يعمل) ما كان يرد على الأجير المشترك يرد هنا، فالجواب هو الجواب، ثم انه إنما يستحق الأجرة بتسليم نفسه بدون العمل إذا تمكن من العمل، حتى لو سلم نفسه ولم يتمكن من العمل لعذر منعه لم يجب الأجر، فإنه ذكر في الذخيرة لو استأجره لاتخاذ الطين أو غيره في الصحراء فمطر ذلك اليوم بعدما خرج الأجير إلى الصحراء لا أجر له، وبه كان يفتي المرغيناني.

(كمن استؤجر شهراً للخدمة أو لرعي الغنم) أي لو استأجر شهراً لرعي الغنم، هذا

وإنما سمي أجير واحد لانه لا يمكنه أن يعمل لغيره ، لأن منافعه في المدة صارت مستحقة له ، والأجر مقابل بالمنافع ، ولهذا يبقى الأجر مستحقاً وإن نقض العمل . قال ولا ضمان على الأجير الخاص فيما تلف في يده ولا ما تلف من عمله . أما الأول فلأن العين أمانة في

هو الأجير الخاص لأنه مخصوص بواحد (وإنما سمى أجير واحد لأنه لا يمكنه أن يعمل لغيره) أى لغير المستأجر . وقوله أجير مضاف إلى لفظة وحد ، والوحد بفتح الواو وسكون الحاء بمعنى الواحد وهو صفة موصوفها محذوف تقديره أجير مستأجر واحد ، ويجوز تحريك الحاء ايضاً (لأن منافعه في المدة) أى منافع الأجير الخاص في المدة المضروبة للعمل (صارت مستحقة له) أى للمستأجر (والأجر مقابل المنافع ، ولهذا) أى ولأجل أن الأجر مقابل بالمنافع ، والمنافع مستحقة له (يبقى الأجر مستحقاً ، وإن نقض العمل) على بناء المجهول في نقض ، بخلاف الاجير المشترك ، فانه روى عن محمد لو فتق الخياط أو غيره الثوب بعدما عمل قبل أن يقبض رب الثوب فلا أجر للخياط ، لأنه لم يسلم العمل لرب الثوب ولا يجبر الخياط على أن يعيد العمل لأنه لو أجبر عليه أجبر بحكم العقد الذي جرى بينهما ، وذلك العقد قد انتهى بتمام العمل وإن كان الخياط وهو الذي فتق فعليه أن يعيد العمل ، ولو كان أجيراً خاصاً فينقضه استحق الأجر والإسكاف كالخياط .

(قال) أى القدوري (ولا ضمان على الأجير الخاص فيما تلف في يده) بأن سرق منه أو غاب أو غصب (ولا ما تلف من عمله) بأن انكسر القدوم في عمله أو تخرق الثوب من دقه أو انفسد الطبخ أو احترق الخبز ونحو ذلك ، وبه قالت الثلاثة . وعن بعض أصحاب الشافعي رحمه الله فيه قولان في قول يضمن كالأجير المشترك وهو المنصوص عليه ، ذكره في الحلية . ومنهم من قال لا يضمن قولاً واحداً هذا كله إذا لم يتعمد الفساد ، فإن تعمد ذلك ضمن كالمودع بلا خلاف .

(أما الأول) وهو ما إذا تلف في يده (فلأن العين أمانة في يده لأنه قبض بإذنه)

يده لأنه قبض بإذنه وهذا ظاهر عنده ، وكذا عندهما لأن تضمين الأجير المشترك نوع استحسان عندهما لصيانة أموال الناس ، وأجير الواحد لا يتقبل الاعمال فتكون السلامة غالباً فيؤخذ فيه بالقياس .

وأما الثاني فلأن المنافع متى صارت مملوكة للمستأجر فـإذا أمره بالتصرف في ملكه صح ويصير نائباً منابه ، فصار فعله منقولاً إليه كأنه فعل بنفسه، فلهذا لا يضمنه والله أعلم.

أي بإذن المستأجر (وهذا ظاهر عنده) أى عند أبي حنيفة رحمه الله (وكذا عندهما لأن تضمين الأجير المشترك نوع استحسان عندهما لصيانة أموال الناس) فإنه يقبل أعياناً كثيرة رغبة في كثرة الأجر ، وقد يعجز عن قضاء حق الحفظ فيها فيضمن حتى لا يقصر في حفظها ولا يأخذ إلا ما يقدر على حفظه (والأجير الواحد) بإضافة الاجير إلى الواحد ولا يمتنع في هذه الإضافة دخول اللام في المضاف ، لأن الإضافة لفظية . وفي بعض النسخ وأجير الواحد بدون اللام في الاجير ، وهذا أشهر وأصوب وهو مبتدأ وخبره قوله (لا يتقبل الاعمال) بل يسلم نفسه (فتكون السلامة غالبة [1] فيؤخذ فيه بالقياس) وهو عدم الضمان .

(وأما الثاني) وهو ما إذا تلف بعمله (فلأن المنافع متى صارت مملوكة للمستأجر) بتسليم النفس ، ولهذا يستحق الاجر بتسليم نفسه بدون العمل (فاذا أمره بالتصرف في ملكه صح ويصير)أى الأجير (نائبا منابه ، فصار فعله منقولاً اليه كأنه فعل بنفسه، فلهذا لا يضمنه والله أعلم) كما في الإكراه الملجئ.



---

(١) غالباً ــ هامش.

باب الاجارة على أحد الشرطين

وإذا قال للخياط إن خطت هذا الثوب فارسياً فبدرهم ، وإن خطته رومياً فبدرهمين جاز ، وأي عمل من هذين العملين عمل استحق الاجر به وكذا إذا قال لصباغ إن صبغته بعصفر فبدرهم ،

(باب الاجارة على أحد الشرطين)

لما بين الإجارة على شرط إذا كان مفسداً شرع في بيان الشرطين والاثنان بعد الواحد .

(وإذا قال للخياط إن خطت هذا الثوب فارسياً) أي خياطاً فارسياً بمعنى خياطة فارسية أي منسوبة إلى صنعة فارس وهي التي تكون فيها الخياطة غرزة غرزة. وقوله (فبدرهم) جواب الشرط والتقدير فأجرتك بدرهم (وإن خطته رومياً) أي خيطاً رومياً يعني خياطة رومية أي منسوبة إلى صنعة الروم وهي التي تكون الخياطة فيها غرزتين ، وكذلك قوله (فبدرهمين) جواب الشرط بالتقدير الذي ذكرناه ، وقوله (جاز)جواب إذا،أي جاز هذا الشرط المتنوع(وأي عمل من هذين العملين)أي الخياطة الفارسية والخياطة الرومية (عمل) أي الخياط (استحق الأجر به) أي الأجر المسمى بالعمل ، وبه قال أحمد « رح » في رواية . وقال الشافعي ومالك وأحمد رحمهم الله في رواية وإسحاق وأبو ثور والثوري لا يصح العقد وهو القياس ، وبه قال زفر « رح » وهو قول أبي حنيفة « رح » أولاً ثم رجع عنه . وجه القياس أنه عقد معاوضة ولم ينعقد فيه العوض والمعوض، فلم يصح وله أجر المثل إذا عمل . وجه الإستحسان أن الأجر يجب بالعمل وعند العمل ما يلزمه عن البدل معلوم فلا يبقى الجهالة في المعقود عليه ولا في بدله .

(وكذا إذا قال لصباغ إن صبغته بعصفر) وهو زهر القرطم (فبدرهم)أي فأجرتك

وإن صبغته بزعفران فبدرهمين . وكذا إذا خيره بين شيئين بأن قال أجرتك هذه الدار شهراً بخمسة أو هذه الدار الأخرى بعشرة، وكذا إذا خيره بين مسافتين مختلفتين بأن قال أجرتك هذه الدابة إلى الكوفة بكذا أو إلى واسط بكذا ، وكذا إذا خيره بين ثلاثة أشياء، وإن خيره بين أربعة لم يجز والمعتبر في جميع ذلك البيع ،

تكون بدرهم (وإن صبغته بزعفران فبدرهمين) بفتح الزاي والفاء جميعاً (وكذا إذا خيره) أي وكذا يصح إذا خيره الآجر المستأجر (بين شيئين بأن قال أجرتك هذه الدار شهراً بخمسة أو هذه الدار الأخرى بعشرة) فأي دار سكنها يلزمه ما عينه من الأجرة (وكذا إذا خيره) أي وكذا يجوز إذا خير المستأجر (بين مسافتين مختلفتين بأن قال أجرتك هذه الدابة إلى الكوفة بكذا أو إلى واسط بكذا) يلزمه عشرة ، وإن سافر إلى واسط يلزمه خمسة .

(وكذا إذا خيره بين ثلاثة أشياء) أي في الصور المذكورة بأن قال إن خطته فارسياً فلك درهم ، وإن خطته رومياً فلك درهمان ، وإن خطته تركياً أو نحو ذلك فلك ثلاثة دراهم ، فأي الأعمال عمل استحق الأجر المسمى ، وكذلك إذا قال إن صبغته بعصفر فلك درهم ، وإن صبغته بزعفران فلك درهمان ، وإن صبغته بورس ونحوه فلك ثلاثة دراهم . وكذا لو قال إن سكنت هذه الدار كل شهر فعليك خمسة ، وإن سكنت هذه فعليك عشرة ، إن سكنت هذا فخمسة عشر . وكذا قال أجرتك هذه الدابة إلى بغداد بعشرة أو إلى واسط بخمسة عشر أو إلى الكوفة بخمسة عشرة .

(وإن خيره بين أربعة لم يجز) أي وإن خير بين أربعة أنواع من الفعل لم يجز بأن قال إن خطته فارسياً فلك درهم ، وإن خطته رومياً فلك درهمان ، وإن خطته تركياً فثلاثة ، وإن خطته هندياً فأربعة وقس الباقي على هذا و كذلك الزراعة جاز إلى الثلاثة ، كما إذا قال للمزارع إن زرعتها بغير كراب فلك ربع الخارج ، وإن زرعتها بكراب فلك ثلاثة ، وإن زرعتها بكرابين فلك نصفه وإلى ذلك عمل فله شرط .

(والمعتبر في جميع ذلك البيع) فإذا باع أحد الثوبين أو أحد الأثواب الثلاثة جاز ،

والجامع دفع الحاجة غير أنه لا بد من اشتراط الخيار في البيع وفي الإجارة لا يشترط ذلك ، لأن الأجر إنما يجب بالعمل ، وعند ذلك يصير المعقود عليه معلوماً وفي البيع يجب الثمن بنفس العقد فيتحقق الجهالة على وجـــه لا ترتفع المنازعة إلا بإثبات الخيار .

ولو قال إن خطته اليوم فبدرهم وإن خطته غـــداً فبنصف ، فإن خاطه اليوم فله درهم ، وإن خاطه غداً فله أجر مثله عند أبي حنيفة « رح » لا يجاوز به نصف درهم .

وإذا باع أحد الأثواب الأربعة لم يجز فكذا في الإجارة (والجامع) في وجه إلحـــاق الإجارة بالبيع في هذه الصور (دفع الحاجة) أي حاجة الناس وضروراتهم . ثم أشارإلى بيان الفرق بينهما من وجه بقوله (غير انه) أي ان الشأن (لا بد من اشتراط الخيار في البيع) فإنه إذا خيره بين ثوبين على أن يأخذ أيهما شاء يكون للمشتري الخيـــار ، وكذا إذا خيره بين الثلاثة (وفي الإجارة لا يشترط ذلك) أي الخيار (لأن الأجر إنمـا يجب بالعمل ، وعند ذلك يصير المعقود عليه معلوماً) فلا يحتاج إلى إثبات الخيار .

(وفي البيع يجب الثمن بنفس العقد فتتحقق الجهالة علىوجهلاترتفعالمنازعة إلابإثبات الخيار) وبهذا التعليل خرج الجواب عما قيل ما الفرق بين هذا وبين البيـع والنكاح حيث يفسدان بالشرط ولا تفسد الإجارة ، فإنه لو قال بعت منك هذا العبد بألف درهم أوهذه الجارية بمائة دينار أو زوجتك أمتي هذه بمائة درهم أو ابنتي فلانه بمائة دينار فقـــال قبلت كان باطلاً .

(ولو قال إن خطته اليوم فبدرهم وإن خطته غداً فبنصف درهم ، فإن خاطه اليوم فله درهم ، وإن خاطه غداً فله أجر مثله عنـــد أبي حنيفة رحمه الله) لأن الشرط الأول جائز ، والثاني فاسد ، ولهذا يجب المسمى في الأول وأجر المثل في الثاني (لا يجاوز به نصف درهم) أي لا يجاوز بأجر المثل نصف درهم ، لأنه هو المسمى في اليوم الثاني .

وفي الجامع الصغير لا ينقص من نصف درهم ولا يزاد على درهم .
وقال أبو يوسف ومحمد « رح » الشرطان جائزان . وقال زفر « رح »
الشرطان فاسدان لأن الخياطة شيء واحد ،

(وفي الجامع الصغير لا ينقص من نصف درهم ولا يزاد على درهم) ذكر هذا تنبيهاعلى اختلاف الرواية عن أبي حنيفة رحمه الله فيما إذا خاطه في اليوم الثاني فالأول ما ذكره القدوري وهو الصحيح ، والثاني ما ذكره في الجامع الصغير لان التسمية الأولى لا تنعدم في اليوم الثاني فتعتبر لمنع الزيادة ، وتعتبر التسمية الثانية لمنع النقصان ، فان خاطه في اليوم الثاني يأتي بيانه عن قريب . وقال الكرخي رحمه الله في مختصره فان خاطه من بعد الغد فله أجر مثله في قولهم جميعا .

واختلف عن أبي حنيفة « رح » في أجر المثل على ما حكاه في الوجه الاول يزاد على أجر الاول ولا ينقص من الأجر الثاني . وروي عنه إن كان أجر مثله أقل من الاجر الثاني فله الاقل من الاجر الثاني . وقال في الإملاء في هذه المسألة له أجر مثله لا يتجاوزبه درهم انتهى . وقال القدوري في شرحه واختلفت الرواية عن أبي حنيفة رحمه الله إذا خاطه في اليوم الثاني ، فقال في إحدى الروايتين له أجر مثله لا يزاد على درهم ولا ينقص من نصف درهم ، وهذا رواية الاصل والجامع الصغير . ورواية محمد في الاصل وإحدى الروايتين عن ابن سماعة عن أبي يوسف في نوادره وإحدى روايتي ابن سماعة ايضاً عن محمد في نوادره . وروى ابن سماعة عن أبي يوسف عن أبي حنيفة رحمهم الله في نوادره رواية اخرى أن له في اليوم الثاني أجر مثله لا يزاد على نصف درهم وهي الرواية الصحيحة ، انتهى . وقال فخر الإسلام في شرح الجامع الصغير عن أبي حنيفة « رح » في النوادر أنه يجب في شرط الثاني أجر مثله لا يجاوزبه نصف درهم وينقص عنه وهواختيار الكرخي .

(وقال أبو يوسف ومحمد الشرطان جائزان) ففي أيهما خاط يستحق المسمى فيه (وقال زفر الشرطان فاسدان) وبه قال الشافعي ومالك وأحمد رحمهم الله في ظاهر مذهبه والثوري واسحاق وهو القياس (لان الخياطة شيء واحد) لانه استأجره على

وقد ذكر بمقابلته بدلان على البـــدل ، فيكون مجهولاً ، وهذا
لأن ذكر اليوم للتعجيـل وذكر الغـد للترفيه فيجتمع في كل يوم
تسميتان . ولهما أن ذكر اليوم للتأقيت وذكر الغد للتعليق فلا يجتمع
في كل يوم تسميتان . ولأن التعجيل والتأخير مقصودان

مطلق الخياطة فالفعل غير مختلف وإنما يختلف الزمان (وقد ذكر بمقـــابلته بدلان على البدل) أي بمقابلة شيء واحد الذي هو الخياطة ، وأراد بالبدلين هو درهم ونصف درهم. وأراد بقوله على البدل على طريق البـدل (فيكون مجهولاً) أي فيكون البدل الذي هو الاجر مجهولاً فصار كأنه قال خطته بدراهم ونصف دراهم وهو باطل، فكذا هذا .

(وهذا) توضيح لما قبله (لأن ذكر اليوم للتعجيل) لا للتوقيت لانه خـــال إفراد العقد باليوم بقوله خطته اليوم بدرهم كان للتعجيل لا للتوقيت حتى لو خـــاطه في الغد استحق الاجر فكذا هنا (وذكر الغد للترفيه) لا للإضافة والتعليق ، ولهـــذا لو أفرد العقد في الغد بأن قال خطته غداً بنصف درهم ثبت هـذا العقد في اليوم حتى لو خاطه اليوم استحق نصف درهم (فيجتمع في كل يوم تسميتان) فيبطل العقد للجهـالة . بيان ذلك إما في اليوم الاول فلان ذكر الغد إذا كان للترفيه كان العقد المضاف إلى غـــد ثابت اليوم مع عقد اليوم . وأما في الغد فـــلأن العقد المنعقد في اليوم باق ، لان ذكر اليوم للتعجيل فيجتمع مع المضاف إلى غد ، فهذا بيان اجتماع التسميتين في كل يوم .

(ولهما) أي لابي يوسف ومحمد رحمهما الله (أن ذكر اليوم للتأقيت) لانه حقيقة ، فكان قوله إن خطته اليوم فبدرهم مقتصراً على اليوم فبانقضاء اليوم لا يبقى إلى الغد ، بل ليقضي بانقضاء الوقت (وذكر الغد للتعليق) أي للإضافة ، لان الإجـــارة لا تقبل التعليق ، لكن تقبل الإضافة لم يكن العقد ثابتاً في الحال . وقال الكاكي ولهذا ذكر في بعض النسخ وذكر الغد للاضافة (فلا يجتمع في كل يوم تسميتان) فيصح الشرطان (ولان التعجيل والتأخير مقصودان) دليل آخر لهما ، ومعناه أن المعقود عليه واحد وهو العمل ولكن بصفة خاصة فيكون مراده التعجيل لبعض اغراضه في اليوم من التجمل والبيع

فنزل منزلة اختلاف النوعين . ولأبي حنيفة أن ذكر الغد للتعليق حقيقة ولا يمكن حمل اليوم على التأقيت لأن فيه فساد العقد لاجتماع الوقت والعمل . وإذا كان كذلك يجتمع في الغد تسميتان دون اليوم فيصح الأول ويجب المسمى ويفسد الثاني

بزيادة فائدة فيفوت ذلك ويكون التأجيل مقصوداً (فنزل) باختلاف الغرض (منزلة اختلاف النوعين) من العمل كما في الخياطة الفارسية والرومية .

فإن قلت قد جعلا ذكر اليوم في مسألة خبز المخاتيم للتعجيل فما لهما لم يجعلا كذلك ها هنا ، قلت هنالك حملا على المجاز تصحيحاً للعقد ، وها هنا حملاً على الحقيقة للتصحيح أيضاً ، إذ لو عكس الأمر في الفصلين يلزم إبطال ما قصد العاقدان في صحة العقد، والأصح تصحيح تصرف العاقل ما أمكن .

(ولأبي حنيفة رحمه الله أن ذكر الغد للتعليق) أي للاضافة ، ويجوز أن يقال عبر عن الإضافة بالتعليق إشارة إلى أن النصف في الغد ليس بتسمية جديدة ، لأن التسمية الأولى باقية وإنما هو يحط النصف لأمر التأخير فيكون معناه ذكر الغد للتعليق ، أي لتعليق الحط بالتأخير وهو يقبل التأخير (حقيقة) أي من حيث الحقيقة ، فإذا كان حقيقة وأمكن العمل بها لا يصار إلى المجاز فلا يجتمع تسميتان في اليوم (فلا يمكن حمل اليوم على التأقيت) الذي هو حقيقة اليوم (لأن فيه فساد العقد لاجتماع الوقت والعمل) فإذا نظرنا إلى ذكر العمل كان الأجير مشتركاً ، وإذا نظرنا إلى ذكر اليوم كان أجير واحد وهما متنافيان لتنافي لوازمهما ، فإن ذكر العمل يوجب عدم وجوب الأجرة ما لم يعمل . وذكر الوقت يوجب وجوبها عند تسليم النفس في المدة ، وتنافي اللوازم يدل على تنافي الملزومات ولذلك عدلنا عن الحقيقة التي هي للتأقيت إلى المجاز الذي هو التعجيل .

(وإذا كان كذلك يجتمع في الغد تسميتان دون اليوم فيصح الأول) أي الشرط الأول (ويجب المسمى ويفسد الثاني) أي الشرط الثاني (ويجب أجر المثل) لا مقتضى

ويجب أجر المثل لا يجاوز بـه نصف درهم لأنـه هو المسمى في اليوم الثاني وفي الجامـع الصغير لا يزاد على درهم ولا ينقص من نصف درهم ،

الإجارة الفاسدة . قيل في جعل اليوم للتعجيل صحة الإجارة الأولى وفساد الثانية ، وفي جعله للتوقيت فساد الأولى وصحة الثانية ولا رجحان لأحدهما على الآخر فكان تحكماً . أجيب بأن فساد الإجارة الثانية يلزم في ضمن صحة الأولى ، والضمان غير معتبرة .

قيل هذا يشكل على قول أبي حنيفة بمسألة الخاتم ، فإنه جعل فيها ذكر اليوم للتأقيت وفساد العقد ، وها هنا للتعجيل وصححه. أجيب بأن ذكر اليوم للتأقيت حقيقة فلا يترك ما لم يمنع مانع كما نحن فيه ، فإن الحمل على الحقيقة مفسد للعقد فمنع لذلك وقام الدليل على المجاز وهو نقصان الأجر للتأخير ، بخلاف حالة الإنفراد فإنه لا دليل ثمة على المجاز فكان التأقيت مراداً ، وفسد العقد ، ورد بأن دليل المجاز قائم وهو تصحيح العقد على تقدير التعجيل فيكون مراداً نظراً إلى ظاهر الحال . وأجيب أن الجواز بظاهر الحال في حيز النزاع فلا بد من دليل زائد على ذلك ، وليس بموجود بخلاف ما نحن فيه ، فإن نقصان الأجر دليل زائد على الجواز بظاهر الحال .

(لا يجاوز به نصف درهم) أي بأجر المثل . قد قلنا فيما مضى أن هذا إسناد الفعل بالجار والمجرور على رأي الكوفيين ، فيكون الثاني محل الرفع ، ونصف درهم منصوب على المفعولية . وقال زفر والثلاثة يجب أجر المثل بالغاً ما بلغ (لأنه) أي نصف درهم (هو المسمى في اليوم الثاني) فان قلت فالدرهم أيضاً سمي في اليوم الثاني لأن اليوم جعل للتعجيل فصار وجوده كعدمه ، فيكون ذكر الدرهم موجوداً في الغـد فلا يكون راضياً بحط نصف من الدرهم قلت هذا مسلم ، لكن ذكر النصف في الغد بطريق التصريح ، بخلاف ذكر الدرهم فهو مصرح في اليوم دون الغد .

(وفي الجامع الصغير لا يزاد على درهم ولا ينقص من نصف درهم) لما أعاد لفظ الجامع لبيان الدليل على اختلاف الرواية ، ولكن لو ذكره هناك كان أولى وأبعد من التكرار

لأن التسمية الأولى لا تنعدم في اليوم الثاني ، فيعتبر لمنع الزيادة ، وتعتبر التسمية الثانية لمنع النقصان ، فان خاطه في اليوم الثالث لا يجاوز به نصف درهم عند أبي حنيفة وهو الصحيح ، لأنه إذا لم يرض بالتأخير إلى الغد فبالزيادة عليه إلى ما بعد الغد أولى . ولو قال إن أسكنت في هذا الدكان عطاراً فبدرهم في الشهر ، وإن أسكنته حداداً فبدرهمين جاز ، وأي الأمرين فعل استحق المسمي فيه عند أبي حنيفة . وقالا الإجارة فاسدة . وكذا إذا استأجر بيتاً على أنه إن

ظاهراً . وقال الأترازي إنما أعاد لفظ الجامع للمخالفة الظاهرة بين رواية الجامع والرواية الأولى . قلت هذا وقوع فيما هرب منه ، لأنه بين هناك تلك المخالفة ، وإنما الإعادة لما ذكرنا (لأن التسمية الأولى لا تنعدم في اليوم الثاني فيعتبر لمنع الزيادة ، وتعتبر التسمية الثانية لمنع النقصان) منع الزيادة عن الدرهم ومنع النقصان عن نصف درهم .

(فان خاطه في اليوم الثالث لا يجاوز به نصف درهم عند أبي حنيفة « رح » وهو الصحيح) احترز به عن الرواية الأخرى ، وهو أنه لا يزاد على درهم ولا ينقص عن درهم ، كذا في التقريب (لأنه إذا لم يرض بالتأخير إلى الغد فبالزيادة عليه إلى ما بعد الغد أولى) بان لا يرضى . وأما عندهما فالصحيح انه ينقص من نصف الدرهم ولا يزاد عليه ، ذكره في الايضاح .

(ولو قال إن أسكنت في هذا الدكان عطاراً) أي حال كونك عطاراً ، وفي بعض النسخ إن أسكنته عطاراً فعلى هذا يكون عطاراً مفعولاً (فبدرهم) أي فالأجرة بدرهم (في الشهر ، وإن أسكنته حداداً) أي حال كونه حداداً . وفي بعض النسخ وإن أسكنته حداداً فعلى هذا يكون حداداً مفعولاً (فبدرهمين) أي فالأجرة بدرهمين (جاز ، وأي الأمرين فعل استحق المسمى فيه عند أبي حنيفة « رح ») .

(وقالا الاجارة فاسدة) وبه قالت الثلاثة (وكذا) أي على الخلاف (إن استأجر

سكن فيه فبدرهم وإن أسكن فيه حداداً فبدرهمين فهو جائز عند أبي حنيفة « رح » . وقالا لا يجوز . ومن استأجر دابة إلى الحيرة بدرهم وإن جاوز بها إلى القادسية فبدرهمين فهو جائز ، ويحتمل الخلاف . وإن استأجرها إلى الحيرة على أنه إن حمل عليها كر شعير فبنصف درهم ، وإن حمل عليها كر حنطة فبدرهم فهو جائز في قول أبي حنيفة « رح » . وقالا لا يجوز . وجه قولهما أن المعقود عليه مجهول وكذا الأجر أحد الشيئين وهو مجهول والجهالة توجب

بيتاً على أن يسكن فيه فبدرهم) يعني أن يسكن هو بنفسه فالاجرة بدرهم (وإن سكن فيه حداداً فبدرهمين فهو جائز عند أبي حنيفة « رح » ، وقالا لا يجوز) .

(ومن استأجر دابة إلى الحيرة) بكسر الحاء المهملة وسكون الياء آخر الحروف وفتح الراء مدينة قديمة عند الكوفة (بدرهم وإن جاوز بها) أي بالدابة المستأجرة (إلى القادسية فبدرهمين فهو جائز ، ويحتمل الخلاف) يعني حكم هذه المسألة يحتمل الخلاف ، لأن محمداً « رح » ذكر هذه المسألة في الجامع الصغير ولم يجعلا فيه خلافاً فيحتمل أن يكون هذا قول الكل ، ويحتمل أن يكون قول أبي حنيفة ، وعندهما لا يجوز كما في نظائرها من المسائل . وفي الغاية مال الفقيه أبو الليث إلى الإتفاق يعني أن فيها يجوز بالاتفاق . ومال فخر الإسلام إلى الخلاف يعني أن المذكور فيها قول أبي حنيفة « رح » . وعندهما لا يجوز وإليه ذهب العتابي وغيره.

(وإن استأجرها إلى الحيرة على أنه إن حمل عليها كر شعير فبنصف درهم ، وإن حمل عليها كر حنطة فبدرهم فهو جائز في قول أبي حنيفة « رح » . وقالا لا يجوز) الكر بضم الكاف وتشديد الراء (وجه قولهما أن المعقود عليه مجهول ، وكذا الأجر أحد الشيئين وهو مجهول ، والجهالة توجب الفساد) أي الجهالة الواحدة توجب الفساد ، فكيف الجهالتان .

الفساد ، بخلاف الخياطة الرومية والفارسية لأن الأجر يجب بالعمل، وعنده ترتفع الجهالة أما في هذه المسائل يجب الأجـــر بالتخلية والتسليم فتبقى الجهالة ، وهذا الحرف هو الأصل عندهما . ولأبي حنيفـــة أنه خيره بين عقدين صحيحين مختلفين فيصح كما في مسألة الرومية والفارسية ، وهذا لان سكناه بنفسه يخالف اسكانه الحداد ، ألا ترى أنه لا يدخـــل ذلك في مطلق العقد . وكذا في أ خواتها والإجارة تعقد للانتفاع ،

(بخلاف الخياطة الرومية والفارسية) جواب عن سؤال مقدر تقديره أن يقـــال مسألة الخياطة الرومية والفارسية فيها جهالة المعقود عليه وكانت صحيحـــة . وتقرير الجواب أن يقال بالفرق بينهما (لأن الأجر) أي ثمة (يجب بالعمل ، وعنده ترتفع الجهالة أمـــا في هذه المسائل يجب الأجـر بالتخلية) في الدار والدكان (والتسليم) من الدار والدكان والدابة (فتبقى الجهالة) لأن الأجر مجهول عند التسليم فيفضي إلى المنازعـــة (وهذا الحرف) أي هذا المعنى وهو قوله يجب الأجر بالتخلية والتسليم فتنتفي الجهالة (هو الأصل عندهما) أي عند أبي يوسف ومحمد « رح » .

(ولأبي حنيفة أنه خيره بين عقدين صحيحين مختلفين) أن السكنى وعمل الحـــداد مختلفان (فيصح) عند الاجتماع كما يصح عند الانفراد (كما) يصح (في مسألة الرومية والفارسية وهذا) أي كونهما مختلفين (لأن سكناه بنفسه يخالف إسكانه الحداد . ألا ترى أنه) أي إسكان الحداد ، قاله صاحب العناية ، والصحيح أن الضمير للشأن ، وأشار إلى إسكان الحداد بحرف الإشارة بقوله (لا يدخل ذلك في مطلق العقد) أي لا يدخـــل إسكان الحداد في مطلق عقد الإجارة (وكذا في أخواتها) يعني إذا استأجر ليركب هو بنفسه ليس له أن يركب غيره (والإجارة تعقد) جواب عن قوله تحت الأجر بالتخلية...

وعنده ترتفع الجهالة ، ولو احتيج إلى الإيجاب بمجرد التسليم .
يجب أقل الاجرين للتيقن به .

إلى آخره ، وتقديره أن الإجارة تعقد (للانتفاع وعنده) أي عند الانتفاع (ترتفع الجهالة) أما ترك الانتفاع من التمكن فنادر ولا معتبر به.

(ولو احتيج إلى الإيجاب) أي إيجاب الأجر (بمجرد التسليم) أي بمجرد التخلية بأن يسلم ولم ينتفع به (يجب أقل الأجرين) كما إذا ذكر درهماً ودرهمين فالدرهم أقل للأجرين ، وبعضهم قال يجب في كل واحد منهما نصفه ، لأن السكنى إذا لم توجديكون التسليم لهما لعدم أولوية أحدهما من الآخر فيجعل النصف لهذا أو النصف للآخر،فيجب نصف كل واحد منهما . وقيل يجب الأول وينتصف الفضل (للتيقن به) أي بالأقل إذ الفضل لا يجب بالشك .

* * *

باب إجارة العبد

ومن استأجر عبداً ليخدمه فليس له أن يسافر به إلا أن يشترط ذلك، لان خدمة السفر اشتملت على زيادة مشقة فلا ينتظمها الإطلاق، ولهذا جعل السفر عذراً فلا بد من اشتراطه

(باب إجارة العبد)

أخره عن الحر لانحطاط درجته في المعاملات .

(قال) أي القدوري « رح » (ومن استأجر عبداً ليخدمه فليس له أن يسافر به إلا أن يشترط ذلك) أي السفر كإسكان الحداد والقصار، وحتى لو سافر به يضمن لمولاه، لأنه صار عاصياً. ولو رده إلى مولاه سالماً لا أجر له عندنا خلافاً للثلاثة «رح» (لأن خدمة السفر اشتملت على زيادة مشقة فلا ينتظمها الاطلاق) أي إطلاق العقد، واعترض بأن المستأجر في ملك منافعه كالمولى، وللمولى أن يسافر بعبده، فكذا المستأجر. وأجيب بأن المولى إنما يسافر به لأنه يملك رقبته والمستأجر ليس كذلك ونوقض لمن ادعى داراً وصالحه المدعي عليه على خدمة عبد سنة فإن للمدعي أن يخرج بالعبد إلى السفر وإن لم يملك رقبته . وأجيب بأن مؤنة الرد في باب الاجارة على الأجر بعد انتهاء العقد فبالاخراج يلزمه ما لا يلزم في الصلح ليست مؤنة الرد على المدعي عليه ، لأنه يزعم أنه يملك الخدمة بغير شيء فهو كالموصى له بالخدمة، فمؤنة الرد عليه دون الوارث .

(ولهذا) أي ولاشتمال السفر على زيادة مشقة (جعل السفر عذراً) فإن استأجر غلاماً ليخدمه في المصر ثم أراد المستأجر السفر فهو عذر في فسخ الاجارة لأنه لا يتمكن من المسافرة به (فلا بد من اشتراطه) أي إذا كان كذلك فلا بد من اشتراط السفر

كإسكان الحداد والقصار في الدار ، ولأن التفاوت بين الخدمتين ظاهر ، فإذا تعينت الخدمة في الحضر لا يبقى غيره داخلاً كما في الركوب . ومن استأجر عبداً محجوراً عليه شهراً وأعطاه الاجر فليس للمستأجر أن يأخذ منه الاجر . وأصله أن الإجارة صحيحة استحساناً إذا فرغ من العمل ، والقياس أن لا يجوز لانعدام إذن المولى وقيام الحجر ،

(كإسكان الحداد والقصار في الدار) فإنه ليس له ذلك إلا بالاشتراط (ولأن التفاوت بين الخدمتين) أي خدمة الحضر وخدمة السفر (ظاهر ، فإذا تعينت الخدمة في الحضر لا يبقى غيره داخلاً كما في الركوب) فإنه استأجر دابة ليركب نفسه فليس له أن يركب غيره للتفاوت بين الركبين فكذلك ها هنا .

(ومن استأجر عبداً محجوراً عليه شهراً وأعطاه الأجر) أراد أنه أعطاه الأجر بعد العمل (فليس للمستأجر أن يأخذ منه الأجر) أي ليس له أن يسترد الأجر منه . وصورة المسألة في الجامع الصغير محمد عن يعقوب عن أبي حنيفة في رجل استأجر عبداً محجوراً عليه شهراً فعمل عنده فأعطاه الأجر قال أجيز ذلك ، وليس للمستأجر أن يأخذ الآجر ، انتهى . قال الحاكم في الكافي وإذا أجر العبد المحجور نفسه من رجل سنة بمائة درهم ليخدمه فخدمه ستة أشهر ثم أعتق فالقياس أنه لا أجر له فيما مضى ، لأن المستأجر صار ضامناً فلا يجتمع الأجر والضمان ، ولكنا نستحس إذا سلم العبد أن يجعل له الأجر فيما مضى فيأخذه العبد ويدفعه إلى مولاه ، ويجوز الاجارة فيما بقي من السنة للعبد ولا خيار له في نقض الاجارة لأنها جازت بعد عتقه بغير إجازة المولى ، وكذلك الجواب إذا كان قبض الاجارة في حال رقه ويكون للعبد منها حصة ما بقي ، وللمولى حصة ما مضى .

(وأصله) أي أصل هذا الحكم (أن الاجارة صحيحة استحساناً إذا فرغ من العمل والقياس أن لا يجوز) الاجارة (لانعدام إذن المولى وقيام الحجر) في العهد فيصير

فصار كما إذا هلك العبد. وجه الاستحسان أن التصرف نافع على اعتبار الفراغ سالماً صار على اعتبار هلاك العبد، والنافع مأذون فيه كقبول الهبة. وإذا جاز ذلك لم يكن للمستأجر أن يأخذ منه الاجر

ومن غصب عبداً فأجر العبد نفسه فأخذ الغاصب الاجر فأكله فلا ضمان عليه عند أبي حنيفة «رح». وقالا هو ضامن لانه أكل مال المالك بغير إذنه، إذ الإجارة قد صحت على ما مر. وله أن الضمان

كالغاصب بالاستعمال ولا أجر على الغاصب (وصار كما إذا هلك العبد) فإنه يجب للمولى قيمته دون الأجر لأنه ضامن بالغصب، والأجر بالضمان لا يجتمعان. وعند الثلاثة يجب أجر المثل بقدر العمل.

(وجه الاستحسان أن التصرف نافع على اعتبار الفراغ سالماً صار على اعتبار هلاك العبد والنافع مأذون فيه كقبول الهبة، فإذا جار ذلك) أي العقد بعدما سلم من العمل صح قبض العبد الاجرة لانه هو العاقد وقبض البدل، ومتى صح قبضه (لم يكن للمستأجر أن يأخذ منه الاجر) يعني لم يكن له أن يرد الاجر منه، وكذا الحكم في الصبي المحجور إذا أجر نفسه وسلم من العمل، إلا أنه لو هلك الصبي من العمل فعلى عاقلة المستأجر الدية، وعليه الاجر فيما عمل قبل الهلاك، بخلاف العبد المحجور إذا هلك من العمل يجب عليه قيمته ولا أجر عليه لما ذكرنا أنه صار غاصباً.

(ومن غصب عبداً فأجر العبد نفسه فأخذ الغاصب الاجر فأكله فلا ضمان عليه عند أبي حنيفة) قيد بقوله فأجر العبد نفسه لانه لو أجره الغاصب كان الاجر له لا للمالك وضمان على الغاصب بالاكل باتفاق. وعند الثلاثة يرجع المالك على الغاصب بأجر المثل كما لو أجر العبد نفسه، وإن أجره المولى فليس للعبد أن يقبض الاجرة إلا بوكالة المولى، لانه هو العاقد (وقالا هو ضامن، لانه أكل مال المالك بغير إذنه إذ الاجارة قد صحت على ما مر) أشار به إلى وجه الاستحسان المذكور آنفاً، وبه قالت الثلاثة «رح».

(وله) أي ولابي حنيفة «رح» (أن الضمان إنما يجب باتلاف مال محرز)، لان

إنما يجب بإتلاف مال محرز ، لان التقوم به وهذا غير محرز في حق الغاصب ، لان العبد لا يحرز نفسه عنه فكيف يحرز ما في يـــده .
وإن وجد المولى الاجر قائماً بعينه أخذه لانه وجد عين ماله ، ويجوز قبض العبد الاجر في قولهم جميعاً لانه مأذون في التصرف على اعتبار الفراغ على ما مر . ومن استأجر عبداً هذين الشهرين شهراً بأربعـــة وشهراً بخمسة فهو جائز ، والأول منهما بأربعة لأن الشهر المذكور أولاً ينصرف إلى ما يلي العقد تحرياً للجواز

التقوم بـــه) أي تقوم المال يثبت بالاحراز (وهذا) أي هذا المال (غير محرز في حق الغاصب ، لان العبد لا يحرز نفسه عنه) أي عن الغاصب (فكيف يحرز ما في يده) وهذا لان الاحراز إنما يكون بيد المالك أو يد نائبه ، ويد الغاصب ليست لهما ، ويد العبـــد كذلك ، لانه في يد الغاصب .

فإن قيل الغاصب إذا استهلك ولد المغصوبة ضمنه والاحراز فيه . أجيب بأنه تابع للأم لكونـــه جزءاً منها وهي محرزة ، بخلاف الاجر فإنه حصـــل من المنافع وهي غير محرزة .

(وإن وجد المولى الاجر قائماً بعينه أخذه ، لانه وجد عين ماله) ولا يلزم من بطلان التقوم والعصمة بطلان الملك كما في نصاب السرقة بعد القطع ، فإنه يأخذ إذا وجد ولا يضمن بإتلافه عندنا (ويجوز قبض العبد الاجر في قولهم جميعاً لانه مأذون له فى التصرف على اعتبار الفراغ على ما مر) أشار به إلى قوله والنافع مأذون فيه ، وفائدة هذا تظهر في حق خروج المستأجر عن عهدة الاجرة فإنه يحصل بالاداء إليه .

(ومن استأجر عبداً هذين الشهرين شهراً بأربعة وشهراً بخمسة فهـــو جائز والاول منهما) أي والشهر الاول من الشهرين (بأربعة ، لان الشهر المذكور أولاً ينصرف إلى ما يلي العقد تحرياً للجواز) أي طلباً لصحة العقد ، كما لو سكت عليه فقـــال استأجرت

ونظراً إلى تنجز الحاجة فينصرف الثاني إلى ما يلي الأول ضرورة .
ومن استأجر عبداً شهراً بدرهم فقبضه في أول الشهر ثم جاء آخر الشهر وهو آبق أو مريض فقال المستأجر أبق أو مرض حين أخذته ، وقال المولى لم يكن ذلك إلا قبل أن تأتيني بساعة فالقول قول المستأجر . وإن جاء به وهو صحيح فالقول قول المؤاجر لأنهما اختلفا في أمر محتمل

عبدك هذا شهراً هكذا فإنه ينصرف إلى ما يليه تحرياً لصحة العقد ، فكذا هذا . تقريره أنه لما قال شهراً بأربعة على سبيل التكبير فلم لم يتعين الشهر الذي يليه يكون الشهر مجهولاً والاجارة تفسد بالجهالة ، فصرفناه إلى ما يلي العقد تحرياً للجواز (و نظراً إلى تنجز الحاجة) فإن الانسان إنما يستأجر الشيء لحاجة تدعوه إلى ذلك ، والظاهر وقوعها عند العقد . وإذا انصرف الاول إلى ما يلي العقد والثاني معطوف عليه (فينصرف الثاني إلى ما يلي الاول ضرورة) وكذا لو استأجر ثلاثة أشهر شهرين بدرهمين وشهراً بخمسة قالا الأولان بدرهمين ، وبقولنا قال مالك وأحمد . وقال الشافعي وبعض أصحاب أحمد لا يصح هذا العقد حتى يسمي السنة أو الشهر ويذكر أي سنة أو أي شهر فيما إذا قال أجرتك شهراً أو سنة .

فإن قيل مبنى هذا الكلام على أنه ذكر منكراً مجهولاً ، والمذكور في الكتاب ليس كذلك قيل له المذكور في الكتاب قول المستأجر ، واللام فيه للعهد لما كان في كلام المؤجر من المنكر ، فكأن المؤجر قال أجرت عبدي هذا شهرين شهراً بأربعة وشهراً بخمسة .

(ومن استأجر عبداً شهراً بدرهم فقبضه في أول الشهر ثم جاء آخر الشهر وهو آبق أو مريض) أي والحال أنه آبق أو مريض (فقال المستأجر أبق أو مرض حين أخذته ، وقال المولى لم يكن ذلك إلا قبل أن يأتيني بساعة فالقول قول المستأجر) أي لا يجب الاجر وبه قال أحمد في رواية (وإن جاء به) أي بالعبد (وهو صحيح فالقول قول المؤاجر) أي المالك ، وبه قال الشافعي ومالك وأحمد في روايه (لانهما اختلفا في أمر

فيرجع بحكم الحال ، إذ هو دليل على قيامه من قبل، وهو يصلح مرجحاً وإن لم يصلح حجة في نفسه أصله الاختلاف في جريان ماء الطاحونة وانقطاعه .

محتمل فيرجع بحكم الحال) وفي بعض النسخ فيترجح (إذ هو) أي الحال (دليل على قيامه) أي قيام أمر محتمل (من قبل) أي من قبل الاختلاف (وهو يصلح مرجحاً) أي الحال يصلح مرجحاً ، هذا جواب سؤال وهو أن يقال الحال يصلح للدفع عندنا للاستحقاق كما عرف في الاصول ، فإذا جاء بالعبد وهو صحيح فالقول للمالك ويستحق الاجر ومطالبة المستأجر بالاجر فالحال حينئذ كانت موجبة للاستحقاق . فأجاب بقوله وهو يصلح مرجحاً (وإن لم يصلح حجة في نفسه) يعني إن الاستحقاق يثبت هنا بالعقد وتسليم العبد إليه في المدة لكن المستأجر يدعي ما ينافي الوجوب معرضاً بعد ظهور السبب ، والظاهر يكفي شاهداً للمؤجر في إنكاره فيكون مرجحاً لكلام المؤجر لا موجباً للاستحقاق فهي في الحقيقة دافعة لاستحقاق السقوط بعد الثبوت لا موجبة .

(أصله) أي أصل هذا الحكم . وقال الكاكي أي أصل هذا الاختلاف بين المالك والمستأجر (الاختلاف في جريان ماء الطاحونة وانقطاعه) فإنه بحكم الحال . فإن كان الماء منقطعاً وقت الخصومة فالقول للمستأجر فيما مضى ، وإن كان جارياً فالقول لرب الرحى مع يمينه . ولو اختلفا في قدر الانقطاع فالقول للمستأجر والبينة للمؤجر ، وعلى هذا لو أعتق جارية ولها ولد فقال المولى أعتقتك بعد الولادة والولد ملكي ، وقالت أعتقتني قبل الولادة . وقد عتق بإعتاقي فالقول لمن كان الولد في يده ، واعتبار الولدين لا بحكم الحال . وكذا لو باع شجراً فيه ثم قال البائع بعت الاشجار دون الثمار ، والمشتري يقول اشتريتها مع الثمار قالوا ينظر إن كان الثمار في يد البائع فالقول له ، وإن كان في يد المشتري فالقول للمشتري ، كذا ذكره التمرتاشي والمحبوبي .

فروع : قال الحاكم في الكافي رجل أجر عبده من رجل سنة بمائة درهم للخدمة

فخدمه ستة أشهر ثم أعتقه المولى فالعبد بالخيار إن شاء فسخ الاجارة وكان أجر ما مضى عليها وللعبد أجر ما بقي من المدة ، إلا أن المولى هو الذي يقول قبض جميع الاجرة وليس للعبد نقضها بعدما اختار المضي عليها . وإن كان المستأجر عجل الاجر كلها للمولى قبل أن يعمل شيئاً في أول الاجارة ، فالاجرة كلها للمولى إذا اختار العبد المضي على الاجارة ، لان المولى ملك الاجرة قبل عتقه ، فإن كانت الاجرة شيئاً معينة في جميع هذه الوجوه فالجواب فيه كالجواب في الدراهم .

وأما صداق المرأة المعتقة إذا اختارت النكاح فهو للمولى إن كان قبضه أو لم يقبضه ، لانه وجب بالعقد والآخر يجب يوماً فيوماً إذا لم يكن قبضه كذلك . الجواب في العبد إذا أولى إجارة نفسه بإذن المولى ، لان العبد هو الذي يلي القبض وهو الذي يطالب بالرد ما يجب رده من المقبوض عند الفسخ ويرجع به هو على المولى عيناً كان ذلك في يد المولى أو مستهلكاً ، لانه إنما وجب بعد العتق وانفسخ . وكذلك الامة إذا زوجت نفسها بإذن مولاها ثم أعتقت فلها الخيار ، وكذلك الصبي إذا أجره الوصي في عمل فلم يتم العمل حتى بلغ الغلام مبلغ الرجال فهو بالخيار في المضي على الاجارة أو فسخها ، وكذلك الاب إذا أجر ابنه ثم أدرك الابن . ولو كان الاب أو الوصي أجر دار الصبي سنين معلومة فأدرك الغلام لم يكن له أن يبطل الاجارة لانهما في ماله بمنزلة وكيل الكبير .



باب الاختلاف

قال وإذا اختلف الخياط ورب الثوب فقال رب الثوب أمرتك أن تعمله قباء ، وقال الخياط قميصاً . أو قال صاحب الثوب للصبـــاغ أمرتك أن تصبغه أحمر فصبغته أصفر ، وقال الصباغ لا بل أمرتني أصفر فالقول لصاحب الثوب ، لأن الإذن يستفاد من جهته . ألا ترى أنه لو أنكر أصل الإذن كان القول قوله ، فكذا إذا أنكر

(باب الاختلاف)

لما ذكر اتفاق المتعاقدين شرع في بيان اختلافهما وهو فرع ، فلذلك أجره .

(قال) أى القدوري (وإذا اختلف الخياط ورب الثوب فقال رب الثوب أمرتك أن تعمله قباء . وقال الخياط قميصاً ، أو قال صاحب الثوب للصباغ أمرتك أن تصبغه أحمر فصبغته أصفر ، وقال الصباغ لا بل أمرتني اصفر فالقول لصاحب الثوب) أى مع يمينه ، وبه قال مالك والشافعي وأبو ثور « رح » . وقال أحمد وابن أبي ليـلى والشافعي « رح » في قول القول للخياط والصباغ . وقال بعض أصحاب الشافعي « رح » له قول ثالث ، وهو إنهما يتحالفان كالمتبايعين يختلفان في الثمن ، وإذا تحالفـــا سقط الضمان عن الخياط وسقط الاجر ، وبعضهم قال الصحيح أن القول لرب الثوب (لأن الإذن يستفاد من جهته) أى من جهة رب الثوب .

(ألا ترى أنه لو أنكر أصل الإذن كان القول قوله) بأن أنكر عقد الاجارة أصلا كان القول لصاحب الثوب (فكذا إذا أنكر صفته) أي صفه الاذن ، بخلاف المضاربه لأن الأصل في المضاربة العموم في انواع التجارة فالخصوص عارض، فكان القول لمن ينكر

صفته لكن يحلف لأنه أنكر شيئاً لو أقر به لزمه . قال وإذا حلف فالخياط ضامن ، ومعناه ما مر من قبل أنه بالخيار إن شاء ضمنه وإن شاء أخذه وأعطاه أجر مثله . وكذا يخير في مسألة الصبغ إذا حلف إن شـــاء ضمنه قيمة الثوب أبيض ، وإن شاء أخذ الثوب وأعطاه أجر مثله لا يجاوز به المسمى . وذكر في بعض النسخ يضمنه ما زاد الصبغ فيه لأنه بمنزلة الغاصب .

العارض (لكنه يحلف) أي صاحب الثوب (لأنه أنكر شيئاً لو أقر به لزمه) أي بذلك الشيء لزمه ذلك الشيء بإقراره .

(قال وإذا حلف فالخياط ضامن ، ومعناه ما مر من قبل) أي قبيل باب الاجـارة الفاسدة في قوله ومن دفع إلى خياط ثوباً ليخيطه قميصاً بدرهم فخاطه قباء (انه بالخيار إن شاء ضمنه ، وإن شاء أخذه وأعطاه أجر مثله) لا يجاوز به المسمى (وكذا يخير في مسألة الصبغ إذا حلف إن شاء ضمنه قيمة الثوب أبيض ، وإن شاء أخذ الثوب وأعطاه أجر مثله لا يجاوز به المسمى) واعترض بأن هناك اتفق المتعاقدان على المأمور به والأجـــير خالف ، وهاهنا قد اختلف في ذلك ، وكيف يكون هذا مثل ذلك . وأجيب بأنها مثلها انتهاء لا ابتداء ، إلا انه ذكر هذا الحكم هنا بعد يمين صاحب الثوب ، ولما حلف كان القول قوله فلم يبق الخلاف الآخر اعتباراً ، فكانتا في الحكم سواء .

(وذكر في بعض النسخ) أي بعض نسخ القدوري (يضمنه ما زاد الصبغ فيه) أي يضمن صاحب الثوب قيمة زيادة الصبغ للصباغ ، فالأول أعني قوله لا يجـاوز به المسمى ظاهر الرواية ، والثانية اعني قوله يضمنه ما زاد الصبغ فيه رواية ابن سماعة عن محمد . وجـــه الظاهر وهو الأصح أن الصبغ آلة للعمل المستحق على الصباغ بمـــنزلة الحرب والصابون من عمل الغسال ، فلا يصير صاحب الثوب مشتريا للصبغ حتى تعتبر القيمة عند فساد السبب .

ووجه رواية ابن سماعة ما أشار إليه بقوله (لأنه بمنزلة الغاصب) يعني إن الصباغ بمنزلة

وإن قال صاحب الثوب عملته لي بغير أجر ، وقال الصانع بأجر فالقول قول صاحب الثوب ، لأنه ينكر تقوم عمله إذ هو يتقوم بالعقد وينكر الضمان ، والصانع يدعيه والقول قول المنكر . وقال أبو يوسف « رح » إن كان الرجل حريفاً له أي خليطاً له فله الأجر وإلا فلا ، لأن سبق ما بينهما يعين جهة الطلب بأجر جرياً على معتادهما .

الغاصب والحكم في الغصب كذلك وهو أن الغاصب إذا صبغه أحمر أو أصفر فان شاء رد الثوب وإن شاء أخذ الثوب وأعطاه ما زاد الصبغ فيه فكذلك هنا. وفي خلاصة الفتاوى والصباغ إذا خالف بصبغ الأصفر فكان الأحمر إن شاء ضمنه قيمة ثوب أبيض وإن شاء أخذه وأعطاه ما زاد الصبغ فيه ولا اجر له، ولو صبغ ردیئاً إن لم يكن فاحشاًلايضمن وإن كان فاحشاً بحيث يقول أهل تلك الصنعة إنه فاحش يضمن قيمته ثوب أبيض. وفي المحيط لو أمره أن يصبغه بزعفران أو بقم فصبغه غير ما سمى إلا أنه لم يشبع صبغه وقد أمر صاحب الثوب أن يشبعه فالمالك بالخيار إن شاء ضمنه قيمة ثوبه أبيض وسلم له الثوب ، وإن شاء أخذه وأعطاه أجر مثله لا يزاد على المسمى في الأصل إلى هنا لفظ الخلاصة .

(وإن قال صاحب الثوب عملته لي بغير أجر فقال الصانع بل بأجر فالقول قول صاحب الثوب) عند أبي حنيفة « رح » ، وبه قال أصحاب الشافعي « رح » (لأنه) أي لأن صاحب الثوب (ينكر تقوم عمله إذ هو) أى العمل (يتقوم بالعقد وينكر الضمان والصانع يدعيه والقول قول المنكر . وقال أبو يوسف إن كان الرجل حريفاً له أي خليطاً له) بأن تكون تلك المعاملة منها بأجر حريف الرجل من يكون بينه وبينه أخذ وإعطاء ومعاملة ، وأصله من الحرفة والاحتراف وهو الاكتساب (فله الأجر وإلا فلا) أي وان لم يكن حريفاً له فلا أجرة (لأن سبق ما بينهما يعين جهة الطلب بأجر جرياً على معتادهما) أي سبق ما بين رب الثوب والصباغ مثلاً من التعامل والتقاطع على الاجر يعين جانب الطلب جرياً على عادتهما من التعامل بالأجرة .

وقال محمد إن كان الصانع معروفاً بهـــذه الصنعة بالأجر فالقول قوله ، لأنه لما فتح الحانوت لأجله جرى ذلك مجرى التنصيص على الأجر اعتباراً للظاهر ، والقياس مـــا قاله أبو حنيفة لأنه منكر .

والجواب عن استحسانهما أن الظـاهر للدفـع ، والحاجـة ها هنا إلى الاستحقاق والله أعلم .

(وقال محمد إن كان الصانع معروفاً بهذه الصنعة بالأجر) بأن اتخذ دكاناً وانتصب لعمل الصباغة أو القصارة (فالقول قوله ، لأنه لما فتح باب الحانوت لأجـله جرى ذلك مجرى التنصيص على الأجر اعتباراً للظاهر) وبه قال مالك وأحمـد « رح » . قال شيخ الاسلام وصاحب المحيط الفتوى على قول محمد (والقياس ما قاله أبو حنيفة لأنه منكر) للإجارة والمنافع لا تتقوم إلا بالعقد عندنا بخلاف ما لو دفع إلى آخر عيناً ثم اختلفا فقال الدافع قرض . وقال الآخر هبة فالقول لمن يدعي القرض ، لأن العين متقوم بنفسه فالآخر يدعي الإبراء عن قيمته فالقول لمنكر الابراء وهو مدعي القرض .

(والجواب عن استحسانهما أن الظاهر للدفع) أي الظاهر يصلح للدفـع عن نفسه (والحاجة هاهنا إلى الاستحقاق والله أعلم) لا للدفع ، نظيره دار في يد رجـل فزعم آخر انه ملكه فالقول للذي في يده ، وإن كان غيره يدعيها ولا شرع في يد بلا حجة ، فلو بيعت داراً بجنبها فأراد أن يأخذها بالشفعة لا يأخذها بالشفعة لا يأخذها بمجرد اليد حتى يقيم بينة انه ملكه ، لأن ثبوت الملك بظاهر اليد يصلح للدفع لا للإستحقاق والأخذ من يد المشتري استحقاق فلا يملكه بدون البينة ، كذا هنا .

فروع : قـــال الاسبيجابي في شرح الكافي ولو أسلم ثوب إلى صباغ يصبغه أحمــــر فصبغه ثم اختلفا فقال الصباغ صبغته بدرهم وقال رب الثوب صبغتـــه بدانقين فاني أنظر إلى ما زاد الصبـغ فيه فـإن كان درهما أو أكثر فله درهم لأن الحال يصلح حكماً في الباب ، فكان القول قول من يشهـــد له الظاهر مع

يمينه ، وإن كان أقل من دانقين أعطيته بعد أن يحلف رب الثوب صبغه إلا بدانقين، وإن كان الصبغ سواد فالقول قول رب الثوب مع يمينه لأنه يدعي عليه زيادة أجر وهوينكر ولو قال رب الثوب صبغته لي بغير أجر كان القول قوله لأن السواد ينقص الثوب ، أما إذا كان صبغاً يزيد في الثوب فقال رب الثوب صبغته بغير أجر ، وقال الصباغ صبغته بدرهم فانهما يتحالفان لأن هذا يدعي الهبة والأخر يدعي التجارة فكان كل منهما مدعياً ومدعى عليه ثم يضمن رب الثوب ما زاد الصبغ في مقدار الأجرة ولا يجوز به درهم . ولو اختلف رب الثوب في مقدار الأجر فان كان لم يأخذ في العمل تحالفا وترادا أو ان كان بعده فالقول قول رب الثوب ولا يتحالفان، وكذلك لو قال عملته لي بغير أجر فالقول قول رب الثوب لأن العمل يتقوم بالعقد وهو ينكر العقد .



باب فسخ الاجارة

قال ومن استأجر داراً فوجد بها عيباً يضر بالسكنى فله الفسخ، لأن المعقود عليه المنافع

(باب فسخ الاجارة)

تأخير هـــذا الباب ظاهر المناسبة ، لأن الفسخ دفع العقد السابق فبالضرورة هو متأخر .

(قال) أي القدوري (ومن استأجر داراً فوجد بها عيباً يضر بالسكنى فله الفسخ) أي فللمستأجر ولاية الفسخ ، قيد العيب بلا ضرار والسكنى لأنه إذا كان عيبـــاً لا يضر بالسكني كحائط سقط لم يكن محتاجاً إليه في السكنى لم يثبت الخيار . وكذا لو كان المستأجر عبداً للخدمة فسقط شعره أو ذهبت إحدى عينيه وذلك لا يصير بالخدمـــة لم يثبت الخيار ، كذا في الإيضاح . وفي الفتاوى الصغرى والتتمة إذا سقط حائط أو انهدم بيت من الدار المستأجرة للمستأجر أن يفسخ ولا يملك الفسخ بعينه المالك بالإجماع ، لأن هذا رد بالعيب وذلك لا يصلح إلا بحضرة المالك بالإجماع ، إنما الخلاف في الرد بخيـــار الشرط . وإن انهدمت الدار كلهـــا فله الفسخ من غير حضرة المالك ، لكن الإجارة لا تنفسخ ما لم يفسخ ، لأن الانتفاع بالعرصة ممكن ، وإليه ذهب خواهر زادة . وفي إجارات شمس الأئمة إذا انهدمت الدار كلها فالصحيح انه لا تنفسخ الإجارة ، لكن سقط الأجر عنه فسخ أو لم يفسخ . وإذا استأجر أرضاً للزراعة فزرع فاصطلحه آفة وجب أجر ما مضى وسقط أجر ما بعد الاصطلام .

(لأن المعقود عليه المنافع) هذا دليل على المذكور . وقيل هذا دفع شبهـــة ترد على الإجارة من جانب البيع وهي أن يقال إن عقد الإجارة عقد لازم كالبيع والعيب الحادث

وأنها توجد شيئاً فشيئاً فكان هذا عيباً حادثـــاً قبل القبض فيوجب الخيار كما في البيـع . ثم المستأجر إذا استوفى المنفعـة فقـد رضي بالعيب فيلزمه جميـع البدل كما في البيـع ، وإن فعـل المؤاجر ما أزال به العيب فلا خيار للمستأجر لزوال سببه . قال وإذا خربت الدار أو انقطع شرب الضيعة أو انقطع المـــاء عن الرحى انفسخت الإجارة ، لأن المعقود عليه قد فات وهي المنافع المخصوصة

في البيع بعد قبض المشتري لا يثبت الرد ، فكان ينبغي أن لا يرد في الإجارة بعد القبض أيضاً ، فأجاب عنه بقوله لأن المعقود المنافع (وانها توجد شيئاً فشيئاً) يعني شيئاً بعـد شيء ، وكل ما كان كذلك فكل جزء منه بمنزلة الإبتداء (فكان هذا عيبـاً حادثاً قبل القبض) وإن كان بعد القبض صورة (فيوجب الخيار) أي إذا كان الأمر كذلك فيوجب الخيار (كما في البيـع) فإنه إذا حدث فيه العيب قبل القبض ينفرد المشتري بالفسخ كذلك هنا ، وعلى هذا لا فرق بين أن يكون العيب حادثـــاً بعد قبض المستأجر أو قبله ، لأن الذي حدث بعد قبض المستأجر كان قبل قبض المعقود عليه وهو المنافع .

(ثم المستأجر إذا استوفى المنفعة فقد رضي بالعيب فيلزمه جميع البدل) وبه قـال الشافعي في الأظهر ومالك وأحمد . وقال الشافعي في وجه لا يلزمه جميع الأجر (كما في البيـع) إذا رضي بالعيب لا يرجع بالنقصان كذلك ها هنا إذا رضي بالعيب لا يكون له أن ينقص في أجرة الدار شيئاً في مقابلة العيب (وإن فعل المؤاجر ما أزال بـه العيب) بأن أصلح في الدار المستأجرة ما كان يضر بالسكنى (فلا خيار للمستأجر لزوال سببه) أي سبب الخيار وهو العيب المضر بالسكنى قبل فسخ العقد .

(قال وإذا خربت الدار أو انقطع شرب الضيعة) بكسر الشين (أو انقطع الماء عن الرحى انفسخت الإجارة) وبه قالت الثلاثة . وعن بعض أصحاب أحمد والشافعي «رح» في الأرض التي انقطع ماؤها لم تنفسخ الاجارة كما قاله بعض أصحابنا على ما يجيء الآن إن شاء الله تعالى (لأن المعقود عليه قد فات وهو المنافع المخصوصة قبل القبض فشابه فوت

قبل القبض فشابه فوت المبيع قبل القبض وموت العبد المستأجر . ومن أصحابنا من قال إن العقد لا ينفسخ لأن المنافع قد فاتت على وجه يتصور عودها فأشبه الإباق في البيع قبل القبض . وعن محمد « رح » أن الآجر لو بناها ليس للمستأجر أن يمتنع ولا الأجر وهذا تنصيص منه على أنه لم ينفسخ لكنه يفسخ .

المبيع قبل القبض وموت العبد المستأجر) بفتح الجيم .

(ومن أصحابنا من قال) أراد بذلك شيخ الاسلام وشمس الأئمة السرخسي وغيرهما فانهم قالوا (إن العقد لا ينفسخ ، لأن المنافع قد فاتت على وجه يتصور عودها) لأن أصل الموضع مسكن بعد انهدام البناء ويتأتى فيه السكنى بنصب فسطاط ، وفي انقطاع الماء لو فاتت من كل وجه لكنه يحتمل العود (فأشبه الاباق في البيع قبل القبض) وذلك لايوجب الانفساخ،واستدل هؤلاء على صحة ما ذهبوا إليه بما روى هشام عن محمد « رح» وأشار إليه المصنف بقوله (وعن محمد أن الآجر لو بناها ليس للمستأجر أن يمتنع ولا الأجر) يعني لو استأجر بيتاً فانهدم ثم بناها الأجر فليس للمستأجر أن يمتنع من القبض ولا الأجر (وهذا تنصيص منه) أي هذا الذي روي تنصيص عن محمد (على انه) أي على أن عقد الاجارة (لم ينفسخ ، لكنه يفسخ) يستحق الفسخ . وقال في الكافي وهو الأصح، وأما من قال بأنها تنفسخ فانهم أيضاً استدلوا على ذلك بما ذكره محمد في كتاب البيوع . ولو سقطت الدار فله أن يخرج سواء كان صاحب الدار حاضراً أو غائباً فهذا إشارة إلى الانفساخ بمجرد الانهدام حيث ما شرط حضرة صاحبها ، لأنه رد بعيب وهو لا يصلح إلا بحضرة المالك بالاجماع .

وفي الغاية والذي قال ينفسخ بانهدام ثم يعود بالبناء ، ومثله جائز كما في الشاة المبيعة إذا ماتت في يد البائع ينفسخ العقد ، ثم إذا دبغ جلدها يعود القدر بقدرها فكذا هذا ، وهذا بخلاف السفينة إذا انقضت وصارت ألواحاً ثم ركبت وأعيدت سفينته لم يجبر على تسليمها إلى المستأجر ، لأن السفينة بعد النقض إذا أعيدت صارت سفينة أخرى ، ألا ترى أن من غصب ألواحاً وجعلها سفينة ينقطع حق المالك ، فأما عرصة الدار لا تتغير بالبناء عليها .

ولو انقطع ماء الرحى والبيت مما ينتفع به لغير الطحن فعليه من الأجر بحصته ، لانه جزء من المعقود عليه . قال وإذا مات أحـــد المتعاقدين وقد عقد الإجارة لنفسه

(ولو انقطع ماء الرحى والبيت مما ينتفع به لغير الطحن فعليه من الأجر بحصته لأنه جزء من المعقود عليه) هذا أورده تشبيها بالدابة على انه لا ينفسخ بانقطاع المـاء . وفي الأصل إذا انقطع ماء الرحى ينفسخ ويثبت الخيار للعاقد ، فان لم ينفسخ حتى عاد الماء لزمه الاجارة فيما بقي من الشهر لزوال الموجب للفسخ ويرفع الاجر عنـه بحساب ذلك ، أي بحساب ما انقطع إنما في المدة ، لو لم يفسخها ومضت المدة فلا أجر عليـه في ذلك . ولو نقص ماء الرحى إن كان النقصان فاحشاً فله حق الفسخ وإلا فلا ، لأن مدة الاجارة تاتج عن نقصان غير فاحش غالباً ويخلو عن نقصان فاحش .

قال القدوري في شرحه إذا صار يطحن أقل من نصف طحنـــه فهو فاحش ، وفي الخلاصة قال الناطفي إذا طحن نصف مـا كان يطحن فللمستأجر رده أيضاً . ولو لم يرد حتي طحن نصف ما كان يطحن فللمستأجر رده أيضاً . ولو لم يرده حتى طحن كان هذا رضى منه وليس له أن يرد الرحى بعد ذلك ، ثم في الخلاصة وهذه الرواية تخالف رواية القدوري أن من استأجر رحى ستة أشهر فأمسك الرحى حتى مضت الستة فعليه أجر ستة أشهر ، وإن كان البيت ينتفع به لغير الطحن فعليه من الأجر بحصته . ولو استأجر عبدا فمرض فهو كالرحى . وفي الشامل انكسار أحد الحجرين عذر ، فـان أصلح رب الرحى قبل الفسخ لا ينفسخ . وفي شرح الكافي فان انقطع الماء عن الرحى فلم يعمل رفع عنه من الاجر بحساب ذلك ، وله أن ينقض الاجارة ، فان لم ينقضها حتى عاد الماءلزمته الاجارة وانه اختلفا في مقدار الانقطاع فالقول قول المستأجر لأنـــه ينكر تقرر الأجر عليه . ولو قال المؤجر لم ينقطع الماء وقال المستأجر قد انقطع بحكم الحـــال فيكون انقطاعه وجريانه في الحـــال دليلاً على الماضي ، لان الحال يصلح دليلاً على الماضي عنـــد الاشتباه .

(قال وإذا مات أحد المتعاقدين وقد عقد) أي والحال أنه قد عقد (الإجارة لنفسه

انفسخت الإجارة ، لأنه لو بقي العقد تصير المنفعة المملوكه له أو الاجرة المملوكة له لغير العاقد مستحقة بالعقد ، لانه ينتقل بالموت إلى الوارث وذلك لا يجوز

انفسخت الاجارة) أي الاجارة ، وبه قال الثوري والليث . وقالت الثلاثة وأبو ثور وإسحاق لا تنفسخ والاجارة بحالها ، ويقوم وارثها مقامها سواء مات أحدهما أو كلاهما ، لان المنافع كالاعيان عندهم ، والعقد لازم فلا ينفسخ بموت العاقد كما لو زوج أمته ثم مات (لانه لو بقي العقد تصير المنفعة المملوكة له أو الاجرة المملوكة له لغير العاقد مستحقة بالعقد) أي حال كونها مستحقة بالعقد ، والدليل على صيرورتها لغير العاقد مع كون الاستحقاق بالعقد وهو قوله (لانه ينتقل بالموت) التحقيق هنا أن يجعل الضمير في انه الى ما يتركه الميت ، ويراد بالموت موت المورث ، والمعنى لان الذي يتركه الميت ينتقل بالموت (الى الوارث) ثم يرتب الحكم على هذا عند موت المؤجر ، أو مات المستأجر ، أما إذا مات المؤجر فقد انتقلت رقبة الدار إلى الوارث والمستحق عن المنافع التي حدثت على ملكه فقد فات بموته فبطلت الاجارة لفوات المعقود عليه ، لان بعد موته تحدث المنفعة على ملك الوارث .

وأما إذا مات المستأجر فلو بقي العقد لبقي على أن يخلفه الوارث وذا لا يتصور ، لان المنفعة الموجودة في حياته تلاشت ، فكيف يورث المعدوم ، والتي تحدث ليست مملوكة له ليخلفه الوارث فيها إذ الملك لا يسبق الوجود ، وإذ ثبت انتفاء الارث تعين بطلان العقد .

(وذلك لا يجوز) أي صيرورة المنفعة المملوكة أو الاجرة المملوكة لغير العاقد حال كونها مستحقة بالعقد لا يجوز ، وذكر اسم الاجارة باعتبار كون ذلك وهو عبارة عن الصيرورة التي دل عليها قوله تصير المنفعة ولا يشكل ما ذكره بما إذا استأجر دابة إلى مكان معين فمات صاحب الدابة في وسط الطريق حيث لا تنفسخ الاجارة ، وللمستأجر أن يركبها إلى المكان المسمى بالاجر فقد مات أحد المتعاقدين ، وقد عقد لنفسه ولم ينفسخ العقد ، لان ذلك للضرورة ، فإنه يخاف على نفسه وماله حيث لا يجد دابة أخرى

في وسط المفازة ، ولا يكون ثمة قاض يرفع الامر إليه فيستأجر الدابة منـه ، حتى قال بعض المشايخ إن وجد ثمة دابة أخرى يحمل عليها متاعه تنتقض الاجارة . وكذا لو مات في موضع فيه قاض تنتقض الاجـارة لعدم الضرورة ، وكان عدم الانفساخ بالاستحسان الضروري ، والمستحسن لا يورد الانقضاء على القياس ، كـذا في المبسوط والذخيرة .

ونوقض أيضاً بموت الكل فانه ينفسخ بموته مع انه غـير العاقد ، وأجيب بأن المراد بالعاقد من وقع لأجله العقد ، حتى لو كان العقد لغيره كالوكيل والأب والوصي والمتولى في الوقف لا ينفسخ العقد بموته لبقاء المستحق عليه ، وقيل في جوابه وهو أحسن وهو انا قد قلنا أن كل ما مات العاقد لنفسه انفسخ ولم تلتزم بأن كلما انفسخ يكون بموت العاقد، لأن العكس غير لازم في مثله .

وفي الخلاصة أحد المتعاقدين لو جن جنوناً مطبقاً لا تنفسخ الإجـارة . وفي الأجناس اذا أجر الأب ارض ابنه الصغير أو الوصي ومات لا تبطل الإجارة ، وكذلك لا تبطل إجارة الظئر بموت والد الصبي الذي استأجرهـا ، ويبطل بموت الصبي والمستأجرة . وقال الكرخي في مختصره وإن مات الظئر قبل المدة أو مات الصبي انتقضت الاجـارة وكان لها من الأجر بحسب ما مضى من المدة قبل الموت .

وفي الاجناس لو أجر الواقف ثم مات قبل انقضاء المدة لا تبطل الإجـارة . وفي الذخيرة القياس أن يبطل وبه أخذ أبو بكر الاسكاف . وفي الاستحسان لا تبطل لأنه أجر لغيره كالوكيل . وفي الاجناس ولو مات رب الإبل في بعض طريق المفازة للمستأجر أن يركبها على حاله وعليه الكرى المسمى الى أن يأتي مكة فيدفع ذلك إلى القاضى ،فإن شاء سلم له الكرى إلى الكوفة ، وإن شاء فسخ الاجارة . وفي كتاب الشروط لمحمد بن الحسن لو مـات المكاري في مصر من الامصار وركب المستأجر ضمن إن هلك الابل إلا بإذن القاضي .

(وإن عقدها) أي الاجارة (لغيره لم تنفسخ مثل الوكيل والوصي والمتولى في الوقف

لانعدام ما أشرنا إليه من المعنى . قال ويصح شرط الخيـــار في الإجارة . وقال الشافعي لا يصح لان المستأجر لا يمكنه رد المعقود عليه بكماله لو كان الخيار له لفوات بعضه ، ولو كان للمؤاجر فلا يمكنـــه التسليم أيضاً على الكمال ، وكل ذلك يمنع الخيار . ولنا أنه عقد معاملة لا يستحق القبض فيه في المجلس فجـــاز اشتراط الخيار فيه

لانعدام ما أشرنا إليه من المعنى) وفي بعض النسخ لانعدام ما ذكرنا ، وأراد به قوله لانه لو بقي العقد تصير المنفعة المملوكة ... إلى آخره .

(قال) أي القدوري (ويصح شرط الخيار في الاجارة) ويعتبر ابتداء المدة من وقت سقوط الخيار وبه قال أحمد « رح » (وقال الشافعي « رح » لا يصح) شرط الخيار، وله في ثبوت خيار المجلس وجهان . ولو كانت الاجارة على عمل معين ففيه ثلاثة أوجه ، وفي وجه لا يثبت فيها الخيار إن في وجه يثبت خيار المجلس لا خيار الشرط ، كذا في الحلية (لأن المستأجر لا يمكنه رد المعقود عليه بكمالـه لو كان الخيـار له لفوات بعضه) أي بعض المعقود عليه ، لأن بعضه فات في مدة الخيار ، فلا يتمكن من رد كل المعقود عليه ، مع أن رد الكل مستحق بالخيار ، فإذا لم يتمكن بطل .

(ولو كان) الخيار (للمؤاجر فلا يمكنه التسليم أيضاً على الكمال) لفوات بعضه في مدة الخيار ، فصار كما لو تلف بعض المبيع في يد البائع إذا باع بشرط الخيار (وكل ذلك) يعني من عدم إمكان رد المعقود عليه بكماله إذا كان الخيار للمستأجر وعدم إمكان التسليم ايضاً على الكمال إذا كان الخيار للمؤجر (يمنع الخيار) أي ثبوته .

(ولنا أنه) أي أن عقد الإجارة (عقد معاملة) احترز به عن النكاح ، فإن مطلق المعاملة تنصرف إلى المعاوضات التي يلحقها الفسخ بالإقالة . وفي بعض النسخ عقد مقابلة أي معاوضة (لا يستحق القبض فيه في المجلس) احترز به عن الصرف والسلم ، فإن قبض البدل شرط فيها ، فلهذا لم يجز الخيار فيهما (فجاز اشتراط الخيار فيه) أي عقد الإجارة

كالبيع ، والجامع بينهما دفع الحاجة وفوات بعض المعقود عليه في الإجارة لا يمنع الرد بخيار العيب ، فكذا بخيار الشرط ، بخلاف البيع ، وهذا لان رد الكل ممكن في البيـــع دون الاجارة ، فيشترط فيه دونها ، ولهذا يجبر المستأجر على القبض إذا سلم المؤاجر بعد مضي بعض المدة . قال وتفسخ الاجـــارة بالاعذار عندنا .

(كالبيع) أي كما يجوز شرط الخيار في البيع (والجامع بينهما) أي بين الإجارةوالبيـع، وأشار به إلى وجه القياس وهو (دفع الحاجة) فإنه لما كان عقد معاملة يحتاج إلى التروي لئلا يقع فيه الغبن ، وأثبت الشارع فيه الخيار دفعاً لهذه الحاجة ، فكذلك الإجارة لأنه يغبن فيها ، فشرع الخيار دفعاً للغرور ومنعاً للزوم .

(وفوات بعض المعقود عليه في الإجارة لا يمنع الرد بخيار العيب) بالإجماع (فكذا) لا يمنع الرد (بخيار الشرط ، بخلاف البيع) متعلق بقوله وفوات بعض المعقود عليه في البيع يمنع الرد دون الإجارة (وهذا) أي الفرق بـين البيع والإجارة (لأن رد الكل ممكن في البيع دون الإجارة فيشترط) أى رد الكل (فيه) أى في البيع (دونها) أى دون الإجارة. وفي بعض النسخ دونه أى دون عقد الإجارة لما أن التكليف بحسبالوسع والطاقة (ولهذا) أي ولكون رد الكل ممكناً في البيع دون الاجارة (يجبرالمستأجرعلى القبض إذا أسلم المؤجر بعد مضي بعض المدة) لأن التسليم بكماله غير ممكن ، وهـــذا عندنا خلافاً للشافعي ، فعنده لا يجـــبر وللمستأجر الفسخ في باقي المدة . صورته أن يستأجر داراً سنة حتى مضى شهراً ثم تحاكما لم يكن للمستأجر أن يمتنع من القبض في باقي السنة عندناولا للمؤجرأن يمنعه من ذلك . وقال الشافعي للمستأجر أن يفسخ العقد فيما بقي بناء على أصله أن المنافع في حكم الأعيان ، فبفوات بعض ما يتناوله العقد يخـــير فيما بقي لاتحاد الصفة ، وعندنا عقد الاجارة في حكم عقود متفرقة فلا يمكن تفرق الصفقة مـــع تفرق المعقود .

(قال) أي القدوري (وتفسخ الاجارة بالاعذار عندنا) وعند شريح تفسخ بعـــذر

وقال الشافعي لا تفسخ إلا بالعيب ، لأن المنافع عنده بمنزلة الاعيان حتى يجوز العقد عليها فأشبه البيع. ولنا أن المنافع غير مقبوضة وهي المعقود عليها ، فصار العذر في الاجارة كالعيب قبل القبض في البيع فتفسخ به ، إذ المعنى يجمعهما وهو عجز العاقد عن المضي في موجبه ألا بتحمل ضرر زائد لم يستحق به ، وهذا هو معنى العذر عندنا . وهو كمن استأجر حداداً ليقلع ضرسه لوجع به فسكن الوجع ، أو استأجر طباخاً ليطبخ له طعام الوليمة فاختلعت منه

وبغير عذر ، وبه قال ابن أبي ليلى « رح » ، فإن الاجارة عندهما عقد غير لازم لا عقد على المعدوم فلا يتعلق به اللزوم كالعارية . (وقال الشافعي لا تفسخ إلا بالعيب) وبه قال مالك وأحمد وأبو ثور (لأن المنافع عنده بمنزلة الأعيان حتى يجوز العقد عليها) أي على المنافع كما يجوز على الأعيان (فاشبه البيع) فكما أن البيع لا يفسخ إلا بالعيب ، فكذا الاجارة .

(ولنا أن المنافع غير مقبوضة وهي المعقود عليها ، فصار العذر في الاجارة كالعيب قبل القبض في البيع فتفسخ به) أي بالعذر (إذ المعنى) المجوز للفسخ (يجمعهما) أي يجمع الاجارة والبيع جميعاً (وهو) أي المعنى الجامع (عجز العاقد عن المضي في موجبه) أي في موجب العقد (إلا بتحمل ضرر زائد لم يستحق به) أي بالعقد (وهذا هو معنى العذر عندنا) فان جواز هذا العقد للحاجة ولزومه لتوفير المنفعة على المتعاقدين، فإذا آل الأمر إلى الضرر أخذنا فيه بالقياس (وهو) أي العذر والشافعي « رح » محجوج بهذه المسائل (كمن استأجر حداداً) أراد به قلاع السن وهو الذي يسمى المزين في عرف أهل مصر وإطلاق الحداد عليه باعتبار تلك البلاد ، فإن عندهم لا يقلع السن غالباً إلا الحداد (ليقلع ضرسه لوجع به) أي لأجل وجع كائن بالضرس (فسكن الوجع) فإن الاجارة تنفسخ فيه (أو استاجر طباخاً ليطبخ له طعاماً للوليمة) أي العرس (فاختلعت

تفسخ الاجارة ، لان في المضي عليه إلزام ضرر زائد لم يستحق بالعقد ، وكذا من استأجر دكاناً في السوق ليتجر فيه فذهب ماله، وكذا إذا أجر دكاناً أو داراً ثم أفلس ولزمته ديون لا يقـــدر على قضائها إلا بثمن ما أجر فسخ القاضي العقد وباعها في الدين ، لان في الجرى على موجب العقد إلزام ضرر زائد لم يستحق بالعقد وهو الحبس لانه قد لا يصدق على عدم مال آخر . ثم قوله فسخ القاضي العقـــد إشارة إلى أنه يفتقر إلى قضاء القاضي في النقض ، وهكذا ذكر في الزيادات في عذر الدين . وقال في الجامع الصغير وكل ما ذكرنا أنه عذر فإن الاجارة فيه تنتقض، وهذا يدل على أنه لا يحتاج فيه إلى قضاء القاضي . ووجهه أن هذا

منه) أي فاختلعت المرأة من الرجوع أو ماتت المرأة ، فإن الاجارة تنفسخ فيـه ايضاً بالاجماع (تفسخ الاجـارة ، لأن في المضي عليه) أي على العقـــد (إلزام ضرر زائد لم يستحق بالعقد) فيثبت له حق الفسخ دفعاً لذلك الضرر .

(وكذا من استأجر دكاناً في السوق ليتجر فيه فذهب ماله ، وكذا إذا آجر دكاناً ثم افلس ولزمته ديون لا يقدر على قضائها إلا بثمن ما أجر فسخ القاضي العقد وباعهـــا في الدين ، لأن في الجري على موجب العقد إلزام ضرر زائد لم يستحق بالعقد وهو الحبس) أي ذلك الضرر الزائد هو الحبس لأنه إذا بقيت الاجارة مع ذلك يحبسه القاضي لقضاء الدين والحبس ضرر زائد (لأنه قـــد لا يصدق على عدم مال آخر) لا سيا إذا كانت له عقار مستأجر .

(ثم قوله) أي قول القدوري في مختصره (فسخ القاضي العقد إشارة إلى أنه يفتقر إلى قضاء القاضي في النقض وهكذا ذكر) أي محمد (في الزيادات في عذر الدين . وقال في الجامع الصغير وكل ما ذكرنا انه عذر فإن الاجارة فيه تنتقض، وهذا يدل على انـــه لا يحتاج فيه إلى قضاء القاضي ، ووجهه) أي وجه ما ذكرنا في الجامع الصغير (أن هذا

بمنزلة العيب قبل القبض في المبيـــع على ما مر ، فيتفرد العاقد بالفسخ . ووجه الاول أنه فصل مجتهد فيه فلا بد من إلزام القاضي . ومنهم من وفق فقال إن كان العذر ظاهراً لا يحتاج إلى القضـــاء ، وإن كان غير ظاهر كالدين محتاج إلى القضاء لظهور العـذر . ومن استأجر دابة ليسافر عليها ثم بدا له من السفر

بمنزلة العيب قبل القبض في المبيع على ما مر) في البيع وغيره (فيتفرد العاقد بالفسخ ، ووجه الأول) وهو الذي ذكره القدوري (أنـه فصل مجتهد فيه) لأن فيه خلاف الشافعي ومالك وأحمد (فلا بد من الزام القاضي) ليرتفع الخلاف .

(ومنهم) أى ومن المشايـخ (من وفق) أي بين روايتي الجامع الصغير والزيادات (فقال إن كان العذر ظاهراً) بأن اختلفت المرأة أو ماتت فيما إذا استأجر لطبخ طعام الوليمة أو مات الولد إذا استأجره ليختنه أو برأت يداً إذا استأجر لقطعها من الأكـلة أو سكن وجع سنه إذا استأجر لقلعه (لا يحتاج إلى القضاء ، وإن كان غير ظاهر كالدين يحتاج إلى القضاء لظهور العذر) أى لأن يظهر العذر ، وصحح المحبوبي وقاضي خان هذا وصحح شمس الأئمة ما ذكر في الزيادات ثم اختلفوا في فسخ القاضي ، قيل يبيـع الدار فينفذ البيـع فتنفسخ الاجارة ضمناً ، وإنما لا ينقض قصداً ، لأنه لو نقضها قصداً أو بما لا يتفق المبيع فيكون النقض إبطالاً لحق المستأجر قصداً ، وانه لا يجوز ، وقيل يفسخ الاجارة ثم يبيـع الدار . وفي الذخيرة ولو اظهر المستأجر في الدار الشر كشرب الخمر وأكل الربا والزنا واللواطة يؤمر بالمعروف ، وليس للمؤجر ولا لجيرانه ان يخرجوه من الدار وذلك لا يصير عذراً في فسخ الاجارة ، ولا خلاف للأئمة الاربعة في الجواهر إن رأى السلطان أن يخرجه فعل . وقال ابن حبيب لو أظهر الفسق في دار نفسه ولم يمتنع بالأمر بالمعروف ، ويقول داري انا آتى فيها ما يثبت تباع عليه داره .

(ومن استأجر دابة ليسافر عليها ثم بدا له من السفر) يقال بدا لي في هذا الأمر بدا أى تغير رأيي عما كان عليه ، وفلان زوبد وأب إذا بدا له الرأي بعد الرأي ، كذا في

فهو عذر ، لانه لو مضى على موجب العقد يلزمه ضرر زائد،لأنه ربما يذهب للحج فذهب وقته، أو لطلب غريمه فحضر،أو للتجارة فافتقر. وإن بدا للمكاري فليس ذلك بعذر، لانه يمكنه أن يقعد ويبعث الدواب على يد تلميذه أو أجيره . ولو مرض المؤاجر فقعد فكذا الجواب على رواية الاصل . وذكر الكرخي أنه عذر لانه لا يعرى عن ضرر فيدفع عنه عند الضرورة دون الاختيار . ومن أجر عبده ثم باعه فليس بعذر لأنه لا يلزمه الضرر بالمضي على موجب العقد ، وإنما يفوته الاسترباح وأنه أمر زائد

الجمل . وقال ابن دريد بدا لي الشيء وبدا إذا ظهر ، وبدا لي في الأمر إذا ضربت عبد بدو أو بداء ، كذا في الجمهرة (فهو عذر ، لأنه لو مضى على موجب العقد يلزمه ضرر زائد ، لأنه ربما يذهب للحج) وفي بعض النسخ إلى الحج (فذهب وقته أو لطلب غريمه) أي أو كان استأجر دابة ليذهب بطلب غريمه (فحضر) إلى غريمه (أو للتجـارة) أو استأجر دابة ليتجر عليها (فافتقر وإن بدا للمكاري فليس ذلك بعذر ، لأنه يمكنه أن يقعد ويبعث الدواب على يد تلميذه أو أجـيره ، ولو مرض المؤاجر) اراد به المكاري (فقعد) عن المضي (فكذلك الجواب على رواية الاصل) يعني كذلك ليس بعذر، لأنه يمكنه ان يرسل من تبـع هذه ألعابه .

(وروى الكرخي انه عذر لأنه لا يعرى عن ضرر فيدفع عنه عند الضرورة) فهي كالمرض (دون الاختيار) نحو ما بدا له عن السفر بتغير رائه (ومن أجر عبده ثم باعه فليس بعذر لأنه لا يلزمه الضرر بالمضي على موجب العقد) وهو إبقاؤه ، وما لزمـه إلا قدر ما التزمه عند العقد وهو الحجر على نفسه من التصرف في المستأجر إلى انتهـاء المدة (وإنما يفوته الاسترباح) بأن يتصرف فيه قبل مضي المدة (وانه) أي الاسترباح (أمر زائـد) إذ لو نقضنا الاجارة به لما سلمت إجـارة أبداً ولبطلت جرايح الناس ، ثم هل يجوز .

وهذا البيع اختلفت الروايات فيه ، فقال شمس الأئمة والصحيح من الرواية أن البيع موقوف على سقوط حق المستأجر وليس للمستأجر أن يفسخ البيع ، وإليه مال الصدر الشهيد ، حتى لو قال ينبغي أن يكتب المفتي في جوابه لا يجوز في حق المستأجر ولو جاز أيام الفسخ ينفذ البيع وتنفسخ الاجارة . وعند الشافعي « رح » في قول ومالك ويصح البيع من المستأجر دون غيره. وقال في مختصر الطحاوي ومن أجر داره ثم باعها قبل انقضاء المدة فيها ونقض البيع عليه فيها فإن بعضه كان منتقضاً ولم يعد بعد ذلك ، وإن لم ينقضه حتى فرغت الدار من الاجرة ثم ذلك البيع فيها وهو قول أبي يوسف «رح» القديم . وروى عنه أصحاب الاملاء انه قال لا سبيل للمستأجر إلى نقض البيع فيهما والاجارة فيها كالعيب فيها ، فان كان المشتري عالماً به فقد بريء البائع منه وللمشتري قبض الدار بعد انقضاء الاجارة فيها ، وإن لم يكن علم بذلك كان بالخيار إن شاء نقض البيع فيها للعيب الذي وجده بها ، وان شاء أمضاه .

وقال الاسبيجابي في شرح الطحاوي ومن أجر داراً ثم باعها قبل انقضاء مدة الإجارة فان البيع جائز فيما بين البائع والمشتري ، حتى ان المدة لو انقضت كان البيع لازماً للمشتري ، وليس له أن يمنع عن الأخذ إلا اذا طالب المشتري البائع بالتسليم قبل انقضاء مدة الإجارة فلم يمكنه ذلك وفسخ القاضي العقد فيما بينهما ، فانه لا يعود جائزاً بمضي المدة . ولو ان المستأجر أجاز وبطلت الاجارة فيما بقي من المدة . ولو فسخ فانه لا ينفسخ البيع بينهما حتى ان المدة اذا انقضت كان للمشتري أن يأخذه هذا في ظاهر الرواية .

وروى الطحاوي « رح » عن أبي حنيفة ومحمد « رح » أن المستأجر له أن ينقض البيع ، فإذا نقض البيع فإنه لا يعود . وروي عن أبي يوسف أنه قال ليس للمستأجر نقض البيع والإجارة فيها كالعيب ، وقد ذكرنا حكمه الآن . ولو آجر داره من رجل ثم أجرها من آخر فإن عقد الثاني يكون موقوفاً على إجارة المستأجر الأول فإن أبطله بطل ، بخلاف البيع فإن هناك إن أبطله لم يبطل . والفرق أن عقد الإجارة على المنفعة وهي مملوكة للمستأجر الأول ، فان أجاز مالكها جاز وإلا لا . وأما البيع فإنما

قال وإذا استأجر الخياط غلاماً فأفلس وترك العمل فهو عذر ، لأنه يلزمه الضرر بالمضي على موجب العقد لفوات مقصوده ، وهو رأس ماله وتأويل المسألة خياط يعمل لنفسه. أما الذي يخيط بأجر فرس ماله الخيط والمقراض فلا يتحقق الإفلاس فيه .

يقع على العين وهي مملوكة للمؤجر ، إلا أن للغير حقاً فيه ، فإن زال حق الغير نفذ البيع. ولو أجاز المستأجر الأول الإجارة الثانية صحت الإجارة الثانية ، والأجرة للمستأجر الأول ، ولا يكون لصاحب الدار ، بخلاف البيع ، لأن هناك الثمن لصاحب الملك ، والفرق ما ذكرنا ، وبالإجارة لا ينفسخ عقد المستأجر الأول ما لم تمض مدة الثاني ، فاذا مضت فحينئذ مقتضى المدتان جميعاً إن كانت مدتها واحدة ، وإن كانت مدة الثاني أطول من مدة الأول فللأول أن يسكن الدار حتى تتم المدة .

وكذلك لو رهنها المؤجر قبل انقضاء مدة الإجارة والعقد جائز فيما بينه وبين المرتهن، ولكن للمستأجر أن يحبس إلى أن تنقضي مدته . ولو رهن داره من رجل وقبضها المرتهن ثم باعها الراهن من آخر فالعقد جائز بين البائع والمشتري . وفي حق المرتهن لا يجوز ، وله أن يحبسه حتى يستوفي ماله ، فاذا افتكها الراهن يسلم الدار إلى المشتري ، إلا أن ها هنا إذا أجر المرتهن جاز ويسلم الدار إلى المشتري والثمن يكون رهناً مكان الدار لأن له حق حبس العين ، وكذا بدله .

(قال وإذا استأجر الخياط غلاماً فأفلس وترك العمل فهو عذر ، لأنه يلزمه الضرر بالمضي على موجب العقد لفوات مقصوده وهو رأس ماله ، وتأويل المسألة خياط يعمل لنفسه) بأن يشتري الثياب ويخيطها ويبيعها كما هو عرف أهل الكوفة (أما الذي يخيط بأجر فرأس ماله الخيط) بكسر الميم وهو اسم للآلة التي يخاط بها الثياب (والمقراض) بكسر الميم اسم للآلة التي يقطع بها الثياب من القرض وهو القطع ، وسمي المقص أيضاً (فلا يتحقق الإفلاس فيه) قيل ، ويتحقق إفلاسه بأن تظهر خيانته عند الناس فيمتنعون عن تسليم الثياب إليه ، أو يلحقه ديون كثيرة ويصير بحيث أن الناس لا يأتمنون على أمتعتهم .

وإن أراد ترك الخياطة وأن يعمل في الصرف فهو ليس بعذر ، لأنه يمكنه أن يقعد الغلام للخياطة في ناحية وهو يعمل في الصرف في ناحية ، وهذا بخلاف ما إذا استأجر دكاناً للخياطة فأراد أن يتركها ويشتغل بعمل آخر حيث جعله عذراً ذكره في الاصل، لأن الواحد لا يمكنه الجمع بين العملين ، أما ها هنا العامل شخصان فأمكنهما .

ومن استأجر غلاماً ليخدمه في المصر ثم سافر فهو عـــذر ، لأنه لا يعرى عن إلزام ضرر زائد ، لأن خدمة السفر أشق ، وفي المنع من السفر ضرر ، وكل ذلك لم يستحق بالعقد فيكون عذراً

(وإن أراد ترك الخياطة وأن يعمل في الصرف فهو ليس بعذر ، لأنه يمكنه أن يقعد الغلام للخياطة في ناحية وهو يعمل في الصرف في ناحية . وهذا بخلاف مـا إذا استأجر دكانا للخياطة فأراد أن يتركها ويشتغل بعمل آخر حيث جعله) أي جعله محمـد « رح » (عذراً ذكره في الأصل) أي في المبسوط (لأن الواحد لا يمكنه الجمع بين العملين ، أمـا ها هنـــا) أي في مسألة ترك الخياطة وإرادة عمل الصرف (العامل شخصان) أحدهما المستأجر والآخر الغلام المسألة (فأمكنهما) العمل لعدم التعذر .

(ومن استأجر غلاماً ليخدمه في المصر ثم سافر فهو) أي سفره (عذر) فتنفسخ بـه الاجارة (لأنه لا يعرى عن إلزام ضرر زائد ، لأن خدمة السفر أشق . وفي المنع من السفر ضرر ، وكل ذلك لم يستحق بالعقد فيكون عذراً) وفي الذخيرة لو قال المؤجر للقاضي انه لا يريد السفر ولكن يريد فسخ الإجارة . وقال المستأجر أريـــد السفر فيقول القاضي للمستأجر تخرج مع فلان قال مع فلان وفلان فالقاضي يسألهم أن فلاناً هل يخرج معكم، وهل استعد للخروج ، فان قالوا نعم يثبت العذر وإلا فلا . وقيل القاضي يحكم بزيه وثيابه ، فان كانت ثيابه ثياب السفر يجعله مسافراً وإلا فلا . وقيل لو أنكر المؤجر السفر فالقول له . وقيل القاضي يحلف المستأجر بالله إنك عزمت على السفر وإليـــه مال القدوري

وكذا إذا أطلق لما مر أنه يتقيد بالحضر ، ثم بخلاف ما إذا أجر عقاراً ثم سافر لأنه لا ضرر إذ المستأجر يمكنه استيفاء المنفعة من المعقود عليه بعد غيبته ، حتى لو أراد المستأجر السفر فهو عذر لما فيه من المنع من السفر أو إلزام الاجر بدون السكنى وذلك ضرر

مسائل منثورة

قال ومن استأجر أرضاً أو استعارها فأحرق الحصائد فاحترق شيء في أرض أخرى فلا ضمان عليه لانه غير متعد في هذا التسبيب ،

والكرخي . ولو أراد رب العبد السفر لا يكون ذلك عذراً .

(وكذا إذا أطلق) أي إجارة العبد للخدمة قبل أن يقول استأجرت هذا العبد للخدمة ولم يقل في الحضر أو في السفر لا يكون له أن يسافر به (لما مر أنه يتقيد بالحضر) أي لما مر في فصل إجارة العبد من أنه ليس له أن يسافر به ، إلا أن يشترط ذلك (بخلاف ما إذا أجر عقاراً ثم سافر لأنه لا ضرر ، إذ المستأجر يمكنه استيفاء المنفعة من المعقود عليه بعد غيبته ، حتى لو أراد المستأجر السفر فهو عذر لما فيه من المنع من السفر أو إلزام الأجر بدون السكنى وذلك ضرر) للمستأجر ، والضرر مدفوع والله أعلم .

(مسائل منثورة)

مسائل مرفوع على انه خبر مبتدأ محذوف ، أي هذا مسائل . وقوله منثورة بالرفع صفة المسائل ، وتقدم معنى النثر .

(قال ومن استأجر أرضاً أو استعارها فأحرق الحصائد) وهو جمع حصيد وهو الزرع المحصود ، وأريد ها هنا ما يبقى من أصول الزرع المحصود في الأرض ، وحصد الزرع جزه من باب طلب وضرب (فاحترق شيء في أرض أخرى فلا ضمان عليه لأنه غير متعد في هذا التسبيب) وفي بعض النسخ في هذه السبب فانه مسبب لا مباشر ، والضمان بطريق

التسبيب يعتمد التعدي في التسبيب (فأشبه حافر البئر في دار نفسه) فان من حفر بئراً في ملكه فوقع فيها إنسان فهلك لا يضمن . ولو رمى سهماً في ملكه فأصاب إنساناً أو مالاً فهلك يضمن ، لأنه مباشر فلم يتوقف على التعدي ، ولهذا لأن المباشرة علة فلا يبطل حكمها بعذر ، فأما التسبيب فليس بعلة فلا بد من صفة العدوان ليلحق بالعلة ، وإحراق الحصائد هنا مباح وليس بتعد فلا يضاف التلف إليه .

ونقل صاحب الأجناس عن زيادات الأصل لو وضع جمراً في الطريق فحركته الريح فذهب به من ذلك الموضع فأحرق شيئاً لم يضمن من قبل لأنه قد تغير عن الحالة التي وضع عنها . وكذلك إذا وضع حجراً . وفي الواقعات رجل أحرق شوكاً أو بيتاً في أرض فذهبت الريح بالشرارات إلى أرض جاره فأحرق أرضه إن كانت النار تبعد من أرض الجار على وجه لا يصل إليه شرر النار في العادة فلا ضمان عليه ، لأن ذلك حصل بفعل النار وانه جار . ولو كان أرضه أو على وجه يصل إليه شرر النار فانه يضمن ، لأن له أن يوقد النار في أرضه ، ولكن على وجه لا يتعدى ضرره إلى أرض جاره ، وهذا كما إذا سقى أرض نفسه فتعدى إلى أرض جاره . وكذلك لو أن رجلاً اتخذ في داره هدفاً يرمي إليه فجاز السهم داره وصار إلى دار جاره وقتل رجلا أو أفسد مالاً فهو ضامن قيمة المال ودية المقتول على عاقلته .

وكذلك الحداد لو أخرج الحديدة من الكورة وذلك في حانوته ووضعه على العلاة وضربه بمطرقة فخرج شررها إلى طريق العامة فأحرق رجلاً أو فقأ عينه فديته على عاقلته . ولو أحرق ثوب إنسان فقيمته على الحداد في ماله . ولو لم يضربه بالمطرقة حتى وضعه على العلاة فأخرج الريح شرره فأصاب ما أصاب فهو هدر . وفي المسائل سقى أرضه فسال عن مائه في أرض رجل فغرقتها أونزت لا ضمان عليه لأنه غير متعد في التسبيب . وكذا إذا أحرق كلاء أو حصائد في أرضه فذهب النار فأحرق شيئاً لغيره لم يضمن لا جرم إن كان يوم ريح فعلم أنه يذهب منها فقيل يضمن .

(وقيل هذا) قائله شمس الأئمة السرخسي رحمه الله . وقال الأترازي رحمه الله ، أي

إذا كانت الرياح هادئة ثم تغيرت . أما إذا كانت مضطربة يضمن ، لان موقد النار يعلم أنها لا تستقر في ارضه . قال وإذا قعد الخياط أو الصباغ في حانوت من يطرح عليه العمل بالنصف فهو جائز ، لأن شركة الوجوه في الحقيقة ، فهذا بوجاهته وهذا لحذاقته فينتظم بذلك المصلحة ، فلا تضره الجهالة فيما يحصل .

قال المشايخ رحمهم الله هذا الذي قالـــه محمد « رح » في الجامع الصغير عن عدم الضمان باحراق الحصائد إذا احترق شيء من أرض أخرى (إذا كانت الرياح هادئة) حين أوقد النار . قال السفناقي رحمه الله تعالى هادنة بالنون أي ساكنـــة من هدن إذا سكن ، وفي نسخة هادئة من هدأ بالهمز ، أي سكن ، قال الشاعر :

إن السباع لتهدي في فراسيهـا والناس ليس بهـــاد شرهم أبداً

أي لتسكن . وأصله لتهدأ بالهمزة ، حذفه الشاعر وقبله بيت آخر وهو :

ليست السباع لنا كانت مجاورة فاننا لا نرى فيمن ترى أحدا

(ثم تغيرت) قويت واشتدت (أما إذا كانت مضطربة) حين أوقدهـا (يضمن ، لأن موقد النار يعلم أنها لا تستقر في أرضه) ولكنها تذهب بها إلى أرض الجيران ، فصار كأنه ألقاها في أرضهم .

(قال) أي في الجامع الصغير (وإذا قعد الخياط أو الصباغ في حانوت من يطرح عليه العمل بالنصف) بأن كان صاحب الدكان ذا جاه لاحذاقه له في العمل فأقعـــد من يعلم ويعمل بالنصف (فهو جائز) أي استحساناً (لأن هذا شركة الوجوه في الحقيقة ، فهذا لوجاهته يقبل ، وهذا لحذاقته يعمل فينتظم بذلك المصلحة فلا تضره الجهالة فيما يحصل) وفي القياس لا يجوز ، وهو قول الشافعي « رح » لأن رأس مال صاحب الدكان المنفعـــة وهي لا تصلح رأس مال الشركة ، ولأن التقبل للعمل على ما ذكر صاحب الدكان فيكون العامل أجيره بالنصف وهو مجهول ، وإن تقبل العمل العامل كان مستأجراً لموضع جلوسه من دكانه بنصف ما يعمل وهو مجهول .

قال ومن استاجر جملاً يحمل عليه محملاً وراكبين إلى مكة جاز وله المحمل المعتاد . وفي القياس لا يجوز وهو قول الشافعي « رح » وقد يفضي ذلك إلى المنازعة . وجه الاستحسان أن المقصود هو الراكب وهو معلوم ، والمحمل تابـــع وما فيه من الجهالة يرتفع بالصرف إلى المتعارف فلا تفضي إلى المنازعة .وكذا إذا لم ير الوطاء والدثر .

والطحاوي « رح » مال إلى وجه القياس ، وقال القياس عندي أولى من الاستحسان، وقد علل الشراح في وجه الاستحسان بأن هذه ليست بإجارة ، وإنما هي شركة الصنائع وهي شركة التقبل ، وهذا مخالف لما ذكره المصنف ، فإنه صرح بأن هذه شركة الوجوه في الحقيقـة ، ولكن قوله فهذا لوجاهته يقبل ،وهذا لحذاقته يعمل التسبب لشركـــة التقبل على ما لا يخفى ، ثم أن هذا إذا كانت شركة لا إجارة لم تضره الجهالة فيما يحصـل كما في الشركة .

(ومن استأجر جملاً يحمل عليه محملاً) بفتح الميم الأولى وكسر الثانية وهو الزوج من المحارة يعقد في كل واحد شخص.وفي المغرب بفتح الميم الأولى وكسر الثانية،وعلى العكس الهودج الكبير الحجاجي (وراكبين إلى مكة جاز) هذا العقد (وله) أي للمستأجـر (المحمل المعتاد) أراد أنه يتعين المحمل المعتاد بين الناس (وفي القياس لا يجوز وهو قول الشافعي « رح » للجهالة) وأحمـد في الطول والعرض والثقل (وقد يفضي ذلـــك إلى المنازعة) فلا يجوز .

(وجه الاستحسان أن المقصود هو الراكب وهو معلوم) لأن أجسام الناس متقاربة في الغالب (والمحمل تابع) للراكب (وما فيه) أي في المحمل (من الجهالة يرتفع بالصرف إلى المتعارف) أي إلى المحمل المتعارف (فلا تفضي إلى المنازعة) فيجوز (وكذا) أي يجوز أيضاً (وإذا لم ير) اي الجمال (الوطاء) بكسر الواو وبالمد وهو الفراش (والدثر) بضم الدال والثاء المثلثة جمع . وقال وهو ما يلقى عليك من كساء أو غيره قـال (وإن شاهد الجمـال المحمل فهـو أجود ، لأنه أنفى للجهالة وأقرب إلى تحقيق الرضاء) لأن بمشاهدة الجمال إياه يرتفع النزاع أصلاً .

قال وإن شاهد الجمال المحمل فهو أجود لانه أنفى للجهالة وأقرب إلى تحقيق الرضاء قال ومن استاجر بعيراً ليحمل عليه مقداراً من الزاد فاكل منه في الطريق جاز أن يزيد[1] عوض ما أكل ، لانه استحق عليه حملاً سمي في جميع الطريق فله أن يستوفيه ٠ وكذا غير الزاد من المكيل والموزون ،

وفي المحيط استأجر بعيرين إلى مكة ليحمل على أحدهما محملاً فيه رجلان وما لهما من الوطاء والدثر ولم ير الجمال الوطاء والدثر وعلى الآخر زاملته عليه وكذا مختوماً من السويق وما يصلحه من الزيت والخل وما يكفي من الماء ولم يبين قدره وما يصلح من الحبل والمعاليق من قربة والميضأة والمطهرة ولم يبين وزنه ، أو شرط أن يحمل من مكة من هدايا مكة ، أما لحمل الناس فهذا جائز استحساناً للتعارف ، وله أن يحمل ما هو متعارف . وحكي مثله عن مالك « رح » وقال أحمد « رح » لا بد من معرفة المحمل والوطاء والدثر والمعاليق وتقدير الزاملة . واختلف أصحاب الشافعي « رح » في المعاليق كالقدر ومثله فقيل لا يجوز حتى يعرف قولاً واحداً ، وقيل فيه قولان .

(ومن استأجر بعيراً ليحمل عليه مقداراً من الزاد فأكل منه في الطريق جاز أن يرد عوض ما أكل) وبه قال الشافعي « رح » في قول وأحمد « رح » . وفي قول يعتبر العرف إن جرى بالإستبدال يستبدل وإلا لا ، وبه قال مالك « رح » ، وهذا الخلاف إذا أطلق، أما إذا شرط الاستبدال بلا خلاف ولو شرط عدم الإستبدال لا يستبدل بلا خلاف . ولو سرق أو هلك بغير أكل أو بأكل غير معتاد يستبدل بلا خلاف (لأنه استحق عليه حملاً مسمى في جميع الطريق فله أن يستوفية ، وكذا غير الزاد) أي وكذا له أن يرد غير الزاد فيما إذا استأجر دابة ليحمل عليها قدراً معيناً (من المكيل والموزون) إذا نقص منها ، ويحتمل أن يكون المعنى وله أن يرد المكيل أو الموزون مثل ما يحمل من الزاد قاله تاج الشريعة .

---

(١) أن يرد – هامش.

ورد الزاد معتادعند البعض كرد الماء ،فلا مانع من العمل بالإطلاق .

(ورد الزاد معتاد عند البعض) هذا جواب عن سؤال مقدر تقديره ان يقال مطلق العقد محمول على العادة ، وفي عادة المسافرين لا يردون شيئاً مكان ما أكلوا . فأجاب بقوله ورد الزاد معتاد عند بعض الناس (كرد الماء) فانهم يردون بدله عندالشرب والإستعمال ، فإذا العرف مشترك فلا يصلح مقيداً (فلا مانع من العمل بالإطلاق) وهو انهما أطلقا العقد على حمل قدر معلوم في مسافة معلومة ، ولم يقيدا بعدم رد قدر ما نقض من المحمول فوجب جواز رد قدر ما نقض عملاً بالإطلاق وعدم المانع .

فرع : وفي المحيط اشترك اثنان في إجارة دابة على أن يتعاقبا في الركوب ولم يبينا مقدار ركوب كل واحد جاز للعرف ، وبه قالت الثلاثة . وقال المزني لايجوز أكثرالعقبة إلا مضمونة في الذمة وهو أن يبين مقدار ركوب كل واحد بالزمان والفرسخ ، والله أعلم .

بسم الله الرحمن الرحيم

كتاب المكاتب

(كتاب المكاتب)

المناسبة بين الكتابين [1] كون كل منهما عقد يستفاد به المال بمقابلة ما ليس بمال على وجه يحتاج فيه إلى ذكر العوض بالايجاب والقبول بطريق الأصالة يخرج النكاح والطلاق والعتاق على مال ، فان ذكر العوض فيها ليس بطريق الأصالة قبل ذكره عقب العتاق كان أنسب،لأن في الكتابة الولاء،والولاء حكم من أحكام العتق.ورد بأن العتق إخراج الرقبة عن الملك بلا عوض ، والكتابة ليست كذلك ، بل فيها ملك الرقبة لشخص ومنفعته لغيره وهو أنسب للاجارة ، لأن نسبة الذاتيات أولى من العرضيات ، وقدم الاجارة لشبهها بالبيع من حيث التمليك والشرائط ، فكان أنسب بالتقديم.

ثم الكتابة مأخوذ من الكتب وهو الجمع ، يقال كتبت البغلة إذا جمعت بين شفريها بحلقة ، ومنه كتبت الكتاب لأنه جمع الحروف ، وسمي هذا العقد كتابة لما فيه من جمع النجم إلى النجم . وقيل سمي كتابة لما يكتب فيه من الكتاب على العبد للمولى وللمولى على العبد .

فان قيل سائر العقود يوجد فيها معنى الكتابة فلم لا يسمى بهذا الاسم . أجيب بأن لا يبطل التسمية كالقارورة سميت بهذا الاسم لقرار المائع فيها ، ولم يسم الكوز ونحوه قارورة وإن كان يقر المائع فيه لئلا يبطل الاعلام .

وشرعاً هو عقد بين المولى وعبده بلفظ الكتابة أو ما يؤدي معناه من كل وجه يوجب التحرير يدأ في الحال ، ورقبة في المال ، ولا يلزم عليه تعليق العتق على مال ، لأنه يحتاج فيه إلى لفظ الكتابة ، بل يحصل بقوله أعتقتك على كذا . والفرق بينهما في الحكم أن

(١) يقصد به كتاب الاجارات الذي مر في آخر الجزء السابع ، اه مصححه .

قال وإذا كاتب عبده أو أمته على مال شرطه عليه وقبل العبد ذلك صــــار مكاتباً . أما الجواز فلقوله تعالى ﴿ فكاتبوهم إن علمتم فيهم خيراً ﴾ ٣٣ النور ، وهذا ليس أمر إيجاب بإجماع بين الفقهاء ، وإنما هو أمر ندب هو الصحيح ، ففي الحمل على الإباحة إلغاء الشرط ، إذ هو مباح بدونه .

الكتابة عقد يقال ويفسخ، بخلاف العتق، لأنه من جانب المولى يمين والمكاتب بملك كتابة عبد أو المعتق على مال .

(قال) أي القدوري (وإذا كاتب عبده أو أمته على مال شرطه عليــه وقبل العبد ذلك صار مكاتباً) إنما استعمل هذا من باب المفاعلة التي تقتضي الاشتراك بين الاثنين ، لأن المولى كتب على نفسه العتق والعبد الأداء فاشتركا في أصل الفعل فالمولى مكاتب بكسر التاء ، والعبد مكاتب بفتحها ، ويأتي الآن بيان القيود التي فيها .

(أما الجواز) أي جواز الكتابة يعني الدليل على جوازها (فلقوله تعالى ﴿ فكاتبوهم إن علمتم فيهم خيراً ﴾ ٢٣ النور) أي كاتبوا الذين يبتغون الكتاب مما ملكت أيمانكم دلالة هذا على مشروعية العقد لا يخفى على عارف بلسان العرب ، سواء كان الأمر للوجوب أو لغيره . ولما كان مقصود المصنف « رح» بيان أن عقد الكتابـــة أمر مندوب أو واجب تعرض لذلك بقوله (وهذا ليس أمر إيجاب بإجماع بين الفقهاء) أي قوله ﴿ فكاتبوهم ﴾ ليس أمر إيجاب ، واحترز بقوله الفقهاء عن داود الظــاهري ومن تابعه ، وعمر بن دينار وعطاء ورواية صاحب التقريب عن الشافعي «رح» ورواية عن أحمد «رح» فإنهـــم قالوا تجب الكتابة إذا سئل العبد ، وكان ذا أمانة وذا كسب ، لأن الأمر للوجوب .

ونفى المصنف ذلك بقوله (وإنما هو أمر ندب هو الصحيح) احترز به عن قول بعض مشايخنا أن الأمر للاباحة ثم بين ما يلزم من المحذور من هذا القول بقوله (ففي الحمل على الإباحة إلغاء الشرط) وهو قوله تعالى ﴿ إن علمتم فيهم خيراً ﴾ ٣٣ النور (إذ هو) أي عقد الكتابة (مباح بدونه) أي بـــدون الشرط . تقريره أن في الحمل على الإباحة ألف

أما الندبية فمعلقة بـه ، والمراد بالخير المذكور على ما قيل أن لا يضر بالمسلمين بعـد العتق ، فإن كان يضر بهم فالأفضـل أن لا يكاتبـه وإن كان يصح لو فعله . وأما اشتراط قبول العبـد فلأنه مال يلزمه فلا بـد من التزامه . ولا يعتق إلا بأداء كل البدل لقوله عليه السلام أيمـا عبد كوتب على مائة دينار فأداها إلا عشرة دنانير فهو عبـد

الشرط ، لأنها ثابتة بدونه بالاتفاق ، وكلام الله تعالى منزه عن ذلك . وفي الحمل على الندب اعمال له ، لأن الندبية معلقة به ، وهو معنى قوله (أما الندبية فمعلقة به) أي بالشرط ، وبين ذلك بقوله (والمراد بالخير المذكور) يعني في قوله تعالى ﴿ إن علمتم فيهم خـيراً ﴾ (على ما قيل أن لا يضر بالمسلمين بعد العتق ، فإن كان يضر بهم فالأفضل أن لا يكاتبه) بأن كان غير أمين ولا مشتغل بالكسب (وإن كان يصح لو فعله) واصل بمـا قبله ، يعني وإن كان يضر بهم لو فعل المولى عقد الكتابـة صح ، وفسرت الثلاثة الخيرية بمثل قولنا وهي الأمانة والكسب ، وبه قال عمرو بن دينار . وعن ابن عباس « رض » وابن عمر وعطاء ، الخير الكسب خاصة . وعن الثوري والحسن البصري أنه الأمانـة والدين خاصة ، وقيل هو الوفاء والأمانة والصلاح . وإذا فقد الأمانة فالكسب لا يكره عندنا . وبـه قال الشافعي ومالك «رح» . وقال أحمد وإسحاق وأبو الحسين بن القطان من أصحاب الشافعي « رح » يكره .

(وأما اشتراط قبول العبد فلأنه مال يلزمه ، فلا بد من التزامه) وبـه قالت الثلاثة «رح» (ولا يعتق إلا بأداء كل البدل) وهذا قول جمهور الفقهاء (لقوله عليه السلام أيمـا عبد كوتب على مائة دينار فأداها إلا عشرة دنانير فهو عبد) هذا الحديث أخرجه الأربعـة وأبو داود والنسائي «رح» في العتق والترمذي «رض» في البيوع ، وابن ماجة في الأحكام عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن النبي ﷺ قال أيما عبد كاتب على مائـة أوقية فأداها إلا عشرة أواق فهو عبد وإذا عبد كاتب على مائة دينار فأداها إلا عشرة دنانـير فهو عبد . هذا لفظ أبي داود .

وقال عليه السلام المكاتب عبد ما بقي عليه درهم ، وفيه اختلاف الصحابة رضي الله عنهم .

ولفظ الترمذي سمعت رسول الله ﷺ يقول من كاتب عبداً على مائة أوقية فأداها إلا عشرة أواق ، أو قال عشرة دراهم ثم عجز فهو رقيق ، وقال غريب .

ولفظ ابن ماجة أيما عبد كوتب على مائة أوقية فأداها إلا عشرة أواق ثم عجز فهو رقيق . وأخرجه الدارقطني في سننه عن ابن عباس الحريري عن عمرو بن شعيب به وكذلك الحاكم في المستدرك وقال صحيح الإسناد ولم يخرجاه كلاهما بلفظ أبي داود .

(وقال عليه السلام المكاتب عبد ما بقي عليه درهم) هذا أخرجه أبو داود في العتاق عن اسماعيل بن عباس عن سليمان بن سليم عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده عن النبي ﷺ قال المكاتب عبد ما بقي من كتابته درهم ، وفيه اسماعيل بن عباس لكنه عن شيخ شامي وهو ثقة . وأخرجه ابن عدي في الكامل عن سليمان بن ارقم عن الزهري عن أبي سلمة بن عبد الرحمن عن أم سلمة أنها قالت سمعت رسول الله ﷺ يقول المكاتب عبد ما بقي عليه درهم أو أوقية ، وسليمان بن ارقم ضعيف . وعن أحمد وأبي داود والنسائي وابن معين أنه متروك . وقال ابن عدي ولعل البلاء فيه من المسيب بن شريك وهو الذي رواه عن سليمان ، فإنه أشر من سليمان .

وروى مالك « رح » في الموطأ عن نافع عن ابن عمر موقوفاً المكاتب عبد ما بقي عليه شيء من كتابته . وأخرجه ابن أبي شيبة موقوفاً على عمر وابن عمر وعلي وزيد بن ثابت وعائشة رضي الله عنهم لم يروه مرفوعاً أصلا . والعجب من الأترازي «رح» بقوله وقوله قال عليه السلام المكاتب عبد ما بقي عليه درهم من كلام زيد بن ثابت . ثم نقول ولكن روى الشيخ أبو جعفر الطحاوي « رح » في شرح الآثار وقال حدثنا الخطاب بن عثمان قال حدثنا اسماعيل بن عباس عن سليمان بن سليم عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن رسول الله ﷺ قال المكاتب عبد ما بقي عليه من كتابته درهم ، فنفى أولاً أن يكون هذا مرفوعاً إلى النبي عليه السلام ، ثم استدرك وقال روي عن الطحاوي .

(وفيه اختلاف الصحابة رضي الله عنهم) أي وفي وقت عتق المكاتب اختلاف

الصحابة رضي الله عنهم ، فعند ابن عباس رضي الله عنهما يعتق كما أخذ الصحيفة من مولاه، يعني يعتق بنفس العقد ، وهو غريم المولى بما عليه من بدل الكتابة .

وروى عبد الرزاق في مصنفه عن عكرمة بن عمار عن يحيى بن أبي كثير أن ابن عباس « رض » قال إذا بقي عليه خمس أواق أو خمس أوسق فهو غريم. وعند ابن مسعود يعتق إذا أدى قيمة نفسه ، روى عبد الرزاق أيضاً عن المغيرة عن ابراهيم عن ابن مسعود قال إذا أدى قدر ثمنه فهو غريم ، وعند زيد بن ثابت لا يعتق ولو بقي عليه درهم ، وهو الذي اختاره أصحابنا ، أشار إليه بقوله (وما اخترناه قول زيد رضي الله عنه) أي زيد بن ثابت رضي الله عنه ، وإنما اختاره لأنه مؤيد بالأحاديث التي ذكرناها آنفاً ، وبه قال الثلاثة أيضاً .

وحديث زيد أخرجه الشافعي « رح » في مسنده أخبرنا ابن عيينة عن ابن نجيح عن مجاهد أن زيد بن ثابت رضي الله عنه قال في المكاتب هو عبد ما بقي عليه درهم ، ورواه عبد الرزاق في مصنفه أخبرنا سفيان الثوري عن ابن نجيح به سواء ومن طريق الشافعي « رح » رواه البيهقي في سننه ، ورواه ابن أبي شيبة في مصنفه أخبرنا ربيع عن سفيان به وذكره البخاري في صحيحه تعليقاً فقال وقال زيد بن ثابت هو عبد ما بقي عليه درهم .

وعند علي رضي الله عنه يعتق بقدر ما أدى ، وبه قالت الظاهرية عن عبد الرزاق أخبرنا سفيان الثوري عن طارق بن عبد الرحمن عن الشعبي أن علياً رضي الله عنه قال في المكاتب يعجز قال يعتق ، وبمثل ما ذهب إليه زيد روي عن عمر وعثمان وابن عمر وعائشة وأم سلمة رضي الله عنهم . روى ابن أبي شيبة في مصنفه حدثنا خالد الأحمر عن ابن أبي عروبة عن قتادة عن معمر الجهني عن عمر رضي الله عنه قال المكاتب عبد ما بقي عليه درهم .

وأخرج أيضاً عن يزيد بن هارون عن عباد بن منصور عن حماد بن ابراهيم عن عثمان رضي الله عنه قال المكاتب عبد ما بقي عليه درهم. وأخرج عبد الرزاق عن ابن جريج أخبرني عبد الكريم بن

ويعتق بأدائه ، وإن لم يقل المولى إذا أديتها فأنت حر ، لأن موجب العقد يثبت من غير التصريح به

أبي المحارق أن زيد بن ثابت وابن عمر وعائشة رضي الله عنهم كانوا يقولون المكاتب عبد ما بقي عليه درهم . وأخرج أيضاً عن معشر عن سعيد المقبري عن أم سلمة زوج النبي ﷺ قالت المكاتب عبد ما بقي عليه درهم .

(ويعتق بأدائه) أي يعتق المكاتب بأدائه جميع بدل الكتابة (وإن لم يقل المولى إذا أديتها فأنت حر) الضمير في أديتها يرجع إلى الألف مثلا أو نحوها ، ويرجع إلى المال ، ولكن التأنيث باعتبار المكاتبة ، فإن المكاتبة قد تطلق على البدل ، وبه قال مالك وأحمد «رح» . وقال الشافعي « رح » لا يعتق ما لم يقل كاتبتك على كذا إن أديته فأنت حر . وفي شرح الوجيز ولو لم يصرح بتعليق العتق بالأداء ولكن نواه عليه في نواه كاتبتك على كذا صحت الكتابة ، وإن لم يصرح بالتعليق ولا نواه لم يحصل العتق ولم تصح الكتابة .

وعن بعض الصحابة إن كان الرجل فقيهاً صحت كتابته بمجرد لفظ كاتبتك على كذا وإلا فلا بد من تعليق الحرية أو بيته ، وأصلا لاختلاف راجع إلى تفسير الكتابة شرعاً ، فعند ضم نجم إلى نجم فلو صرح وقال ضربت عليك ألفاً على أن تؤديها إلي في كل شهر كذا لا يعتق . وكذا إذا قال كاتبتك ولم يقل إن أديت إلي فأنت حر لا يعتق ، فكذا هنا . وعندنا هو ضم حرية اليد إلى حرية الرقبة عند الأداء فلا يحتاج إلى تعليق العتق بالأداء كما في مبسوط شيخ الإسلام .

(لأن موجب العقد يثبت من غير التصريح به) أي بالشرط ، وهو قوله إن أديت أو إذا أديت ، وقد حققنا أصلا الخلاف الآن . وفي شرح الكافي والحاصل انه إذا قال لعبده كاتبتك على ألف درهم على أن تؤدي إلى كل شهر كذا فأنت حر ، فإنه يكون كتابة ، لأن معنى الكتابة ليس إلا الإعتاق على مال مؤجل بنجم بنجوم معلومة ، ولكن إنما يجوز إذا قبل الكتابة ، لأنه عقد معاوضة فلا بد من الإيجاب والقبول . وكذلك لو قال كاتبتك على ألف درهم ونجمه وسمى النجوم وقبل العبد فإنه يكون كتابة وإن لم يعلق العتق

بالأداء ولم يقل على أنك إن أديت إلي ألفاً فأنت حر ، لأنه عقد معاوضة فيعتق بحكم المعاوضة لا بحكم الشرط .

وعلى قول الشافعي لا بد من التعليق بشرط الأداء . ولو قال لعبده إن أديت إلي ألفاً فأنت حر فأداه يعتق ، لأن العتق معلق بالأداء فقد وجد شرطه . قال الكرخي ولا يكون هذا كفاية وإن كان ثمة معنى الكتابة من وجه ، حتى إن العبد إذا جاء بالبدل فإنه يجبر على قبوله ، أي يصير المولى قابضاً له بالتخلية كما في الكتابة وإن لم يقل المولى استحساناً عندنا ، خلافاً لزفر ، فبيان التفرقة بين التعلق والكتابة في مسألة فإنه إذا مات العبد هنا قبل الأداء فترك مالاً فالمال كله للمولى ولا يؤدي عنه فيعتق ، بخلاف الكتابة . وكذا لو مات المولى وفي يد العبد كسب فالعبد رقيق يورث عنه مع اكتسابه ، بخلاف الكتابة . ولو كانت هذه أمة فولدت ثم أدت فعتقت يعتق ولدها .

ولو قال العبد للمولى حط عني مائة فحطه المولى عنه فأدى تسعمائة فإنه لا يعتق ، بخلاف الكتابة . ولو أبرأ المولى عن الألف العبد لم يعتق . ولو أبرأ الكاتب عن بدل الكتابة يعتق . ولو باع هذا العبد ثم اشتراه وأدى إليه يجبر على القبول عند أبي يوسف. وقال محمد في الزيادات لا يجبر على قبولها ، فإن قبلها عتق ، وكذلك لو رد إليه بخيار أو عيب .

وأما الإعتاق على مال فهو بخلاف الكتابة وخلاف تعليق العتق بالأداء ، فإنه إذا قال لعبده أنت حر على ألف درهم فقبل العبد فإنه يعتق من ساعته ويكون البدل واجباً في ذمته . وكذا إذا قال أنت حر على قيمة رقبتك وقبل ذلك فإنه يعتق من ساعته ويكون البدل واجباً في ذمته . وكذا إذا قال أنت حر على قيمة رقبتك ، وقبل ذلك فإنه يعتق كذا في التحفة وغيره .

(كما في البيع) يعني كما يحتاج ثمة إلى قول البائع للمشتري إن ملكتني الثمن ملكت المبيع إن دخول هذا لا لمعنى في مقتضى لفظ البيع ، يعني عن التصريح به بكذا ، هذا لا يحتاج إلى التصريح بقوله إن أديت كذا فأنت حر .

(ولا يجب حط شيء من البدل) أي من بدل الكتابة عن العبد ، بل هو مندوب ، وبه قال مالك والثوري . وقال الشافعي وأحمد يجب به . وقال أصحاب الظاهر وفي وقت وجوبه وجهان ، أحدهما بعد العتق ، والثاني بعد أداء أكثر البدل ، وقدره الشافعي بما يقع عليه إسم المال لاختلاف أقوال الصحابة في قدر المحطوط والأقل يتنفر ، وكذا قال صاحب العناية. وقال الشافعي يستحق عليه ربع البدل وهو قول عثمان رضي الله عنه. قلت نص الشافعي ما ذكرناه وحط ربع البدل هو قول أحمد وأسند الشافعي «رح» بقوله تعالى ﴿ وآتوهم من مال الله الذي آتاكم ﴾ ٣٣ النور ، ومطلق الأمر للوجوب .

ولنا ما أشار إليه بقوله (اعتباراً بالبيع) أراد أن عقد الكتابة عقد معاوضة فلا يجب الحط فيه ، كما لا يجب في البيع ، والأمر في الآية الندب لأنه معطوف على الأمر بالكتابة ، لأن الأصل أن يكون المعطوف في حكم المعطوف عليه ، كذا في المبسوط والزيادات هذه جملة تامة فلا يوجب المشاركة كما في قوله تعالى ﴿ وأقيموا الصلاة وآتوا الزكاة ﴾ ٤٣ البقرة . وأجيب بأن هذا ليس مثل تلك الجملة ، لأن الثانية مرتبطة بالأولى برجوع الضمير إليها ، فلم تكن مستبدة بنفسها فصح الاستدلال بالعطف ، وفيه نوع تأمل ، والتحقيق أن دلالة الآية على ما ادعاه حقيقة جداً ، لأنه قال من مال الله وهو يطلق على أموال القرب كالصدقات والزكاة ، فكان الله أمرنا أن نعطي المكاتبين في صدقاتنا ليستعينوا به على أداء الكتابة والمأمور به الإيتاء وهو الإعطاء والحط لا يسمى إعطاء ، والمال الذي آتانا الله هو في أيدينا لا الوصف الثابت في ذمة المكاتبين ، فحمله على حط شيء من بدل الكتابة عمل بلا دليل .

وقال ابن حزم في المحلى ناقض الشافعي في قوله حيث حمل قوله تعالى ﴿ فكاتبوهم ﴾ على الندب ، وقوله ﴿ وآتوهم ﴾ على الوجوب وهذا تحكم انتهى . وقال ابن جرير الطبري في التهذيب وفي حديث بريرة أيضاً الدلالة على صحة قولنا في قوله تعالى ﴿ وآتوهم من مال الله ﴾ ٣٣ النور ، يعني من أهل الأموال الذي وجبت في أموالهم الصدقات فأمرهم الله تعالى بإعطاء المكاتبين منها ما فرض لهم فيها بقوله تعالى ﴿ وفي الرقاب ﴾ ولولا ذلك لم

تكن بريرة تسأل عائشة رضي الله عنها ولا ضرورة لها مع إمكان عجزها عن الكتابة إذا لم تجد سبيلا لا إلى الأداء والرجوع إلى ما كانت عليه من وجوب نفقتها على مواليها ، ولكنها لما علمت إن شاء الله تعالى ما فرض في أموال أهل الأموال لمن كان بمثل حالها حقاً بقوله تعالى ﴿ وآتوهم من مال الله الذي آتاكم ﴾ وبقوله ﴿ وفي الرقاب ﴾ تعرضت لطلب ذلك ، وفي ذلك دلالة بنيته على أن المراد بقوله تعالى ﴿ وآتوهم ﴾ أهل الأموال، والدلالة على خطأ زعم أن قوله تعالى ﴿ وآتوهم ﴾ يعني به أموال المكاتبين خاصة دون سائر الناس غيرهم ،وإنهم أمروا أن يضعوا عنهم من كتابتهم ولولا كان كما قالوا لقال منعوا عنهم من كتابتهم ، ولو كان أمر بإعطائهم من مال الله كتابتهم لقال من مال الله الذي آتاكم ، فإذا لم يكن ذلك محصوراً على أموالهم كان معلوماً انه خطاب لذوي الأموال بإتيانهم ما فرض الله لهم في أموالهم ، انتهى .

ولئن سلمنا أن المراد بذلك الموالي فالأمر محمول على الندب كما فعل الشافعي « رح » في قوله تعالى ﴿ فكاتبوهم ﴾ وكما مثل هو وغيره في الأمر بالإشهاد على البيع والكتابة ، وقد قالت بريرة أهلي على تسع وأدنى ، وقالت عائشة رضي الله عنها إن أحب أهلك أن أعدها لهم ، فلو كان الحط واجباً لقال ﷺ عليها أقل من ذلك ان عليهم أن يحطوا عنها ولاء عائشة رضي الله عنها بسقوط البعض عنها . وفي الصحيح أن جويرية جاءت النبي ﷺ تستعين في كتابتها ، فقال ﷺ أقضي عنك كتابتك فدل وجوب الجميع عليها يرون حطيطه لها منه وأعان ﷺ سلمان على كتابته ولم يأخذ مولاه يحط شيء منها ، وكل ما ذكره البيهقي في هذا الباب عن جماعة من الصحابة رضي الله عنهم انهم وضعوا شيئاً من الكتابة فليس في شيء منه انهم كانوا يرون ذلك واجباً عليهم ،فحمل على انهم فعلوا ذلك على سبيل الندب والفضل .

(قال) أي القدوري «رح» (ويجوز أن يشترط المال حالاً) أراد بالمال بدل الكتابة (ويجوز مؤجلا) بأن يجعله إلى شهر أو شهرين أو سنة أو سنتين (ومنجماً) أي مقسطاً مؤقتاً ، واشتقاقه من النجم وهو الطالع ، ثم سمي به الوقت ، ومنه سمي المنجم ، ثم

وقال الشافعي لا يجوز حالاً ولا بد من تنجيم لأنه عاجز عن التسليم في زمان قليل لعدم الأهلية قبله للرق ، بخلاف السلم على أصله ، لانـــه أهل للملك ، فكان احتمال القدرة ثابتاً ، وقد دل الإقدام على العقد عليها ، فتثبت بـــه ولنا ظاهر ما تلونا من غير شرط التنجيم .

سمي ما يؤدى فيه من الوظيفة ، ثم منه فقالوا نجمت المال إذا أديت نجوماً، والكتابة الحالة مثل أن يقول كاتبتك على ألف درهم ، وبه صرح الولوالجي في فتاواه ، والكتابـــة المؤجلة مثل أن يقول كاتبتك على ألف درهم إلى سنة يؤدي كل شهر من النجم ، كذا وكل ذلك جائز .

(وقال الشافعي «رح» لا يجوز حالاً) غير مؤجل (ولا بد من تنجيم) وبه قال أحمد في ظاهر الرواية (لأنه عاجز عن التسليم في زمان قليل) أي لأن المكاتب لا يقدر على أداء البدل في الحال (لعدم الأهلية قبله) أي لعدم أهلية الملك قبل عقد الكتابة لأجـل الرق ، لأنه كان مملوكاً لا يقدر على شيء وفي زمان يسير لا تثبت القـــدرة عادة على الكسب على مال كثير .

(بخلاف السلم على أصله) أي بخلاف السلم على أصل الشافعي « رح » حيث جـــوزه (لأنه أهل للملك) أي لأن المسلم إليه أهل للملك قبل العقد لا يقال هذا اضمار قبل الذكر ، لانا لا نقول السلم يدل عليه لأنه لا تقوم إلا بالمتعاقدين أحدهما المسلم إليه (فـكان احتمال القدرة ثابتاً) وهو عقد جرى بين الحرين والظاهر هو القدرة على ماالتزامه (وقد دل الإقدام على العقد عليها فتثبت به) أي إقدام المسلم إليه على عقد السلم عليهـــا أي على القدرة فتثبت أي القدرة . ولقائل أن يقول احتمال القدرة في حق المكاتب أثبت ، لأن المسلمين مأموزون بإعانته والطرق متسعة استدانـــة وقرض واستيهاب ، واستعانـــة بالزكاة والكفارات والعشور والصدقات ، وقد دل الإقدام على العقد عليها فتثبت .

(ولنا ظاهر ما تلونا) وهو قوله تعالى ﴿ فكاتبوهم ﴾ (من غـــير شرط التنجيم) والتأجيل فـــلا جـــزاء على النص بالرأي وبقولنا قال مالك «رح» في الجواهر قال أبو

ولانه عقد معاوضة والبدل معقود به فأشبه الثمن في البيع في عدم اشتراط القدرة عليه ، بخلاف السلم على أصلنا ، لان المسلم فيه معقود عليه فلا بد من القدرة عليه ، ولان مبنى الكتابة على المساهلة فيمهله المولى ظاهراً ، بخلاف المسلم ، لان مبناه على المضايقة وفي الحال كما امتنع من الاداء يرد إلى الرق . قال وتجوز كتابة العبد الصغير إذا كان يعقل البيع والشراء لتحقق

بكرة ظاهر قول مالك «رح» أن التنجيم والتأجيل شرط فيه ، ثم قال وعلماؤنا النظارة يقولون إن الكتابة الحالة جائزة ويسمونها قطاعة وهو القياس .

(ولأنه) أي ولأن عقد الكتابة (عقد معاوضة والبدل معقود به) أي بالعقد ، تحرير هذا الكلام أن عقد المعاوضة يعقد المعقود عليه ولا بد منه ، لأنه عليه السلام نهى عن بيع ما ليس عند الإنسان ووجود المعقود به ليس كذلك للاجماع على جواز اتباع من لا يملك الثمن وبدل الكتابة معقود به لا محالة (فأشبه الثمن في البيع في عدم اشتراط القدرة عليه) أي على الثمن .

والحاصل أن بدل الكتابة ثمن من وجه ، وهذا لا يجوز الاستدلال به على القبض وبيع من وجه ، وهذا عجز عن الأداء يفسخ العقد فوفرنا على الشبهين حظهما لذلك الفسخ عند العجز ، ولعدم اشتراط القدرة عليه عند العقد .

(بخلاف السلم على أصلنا ، لأن المسلم فيه معقود عليه فلا بد من القدرة عليه) لما ذكرنا أن العقد يعتمد ولا بد منه (ولأن مبنى الكتابة على المساهلة) لأنه عقد كرم ، إذ العبد وما يملكه لمولاه (فيمهله المولى ظاهراً ، بخلاف السلم ، لأن مبناه) أي مبنى السلم (على المضايقة) والمماكسة ، فالظاهر أنه لا يؤخر عند توجه المطالبة نحوه (وفي الحال كما امتنع من الأداء) أي في عقد الكتابة الحال كما امتنع المكاتب (يرد في الرق) بالتراضي أو بقضاء القاضي ، بخلاف السلم .

(قال) أي القدوري (وتجوز كتابة العبد الصغير إذا كان يعقل الشراء والبيع لتحقق

الإيجاب والقبول ، إذ العاقل من أهل القبول والتصرف نافع في حقه والشافعي « رح » يخالفنا فيه ، وهو بناء على مسألة إذن الصبي في التجارة ، وهذا بخلاف ما إذا كان لا يعقل البيع والشراء ، لان القبول لا يتحقق منه فلا ينعقد العقد ، حتى لو أدى عنه غيره لا يعتق ويسترد ما دفع . قال ومن قال لعبده جعلت عليك ألفاً تؤديها

الإيجاب والقبول ، إذ العاقل من أهل القبول والتصرف نافع في حقه) أراد من قوله يعقل يعلم أن السر إيجاب البيع سالب ، ومعرفة ذلك أن الصبي إذا أعطى فلوساً وأخذ الحلو ثم أخذ يبكي ويقول أعطني فلوسي فهو علامة كونه غير عاقل. وإن أخذ الحلو ولم يسترد فلوسه فهو عاقل ، كذا نقل عن السلف. قال تاج الشريعة وفي شرح الطحاوي وإذا كان لا يعقل لا يجوز إلا إذا قبل عنه إنسان فانه يجوز ويتوقف على إدراكه، فان أدى هذا القابل عتق . والقياس أن يكون له استرداده وهو قول زفر « رح »وفي الاستحسان ليس له ذلك .

(والشافعي « رح » يخالفنا فيه) أي في الحكم المذكور . وفي بعض النسخ يخالفنا في ذلك (وهو) أي هذا الخلاف منه (بناء على مسألة إذن الصبي في التجارة) فانه لا يجوز عنده فلا يصح الأول له . وعندنا يجوز لأنه من أهل التصرف إذا عقل العقد ونقصان رأيه يتميز برأي الولي والتصرف نافع فيصح الإذن (وهذا) أي هذا الذي ذكرناه (بخلاف ما إذا كان لا يعقل البيع والشراء ، لأن القبول لا يتحقق منه فلا ينعقد العقد) لأن العقد لا ينعقد بدون القبول .

(حتى لو أدى عنه) أي عن الغير غير المميز (غيره لا يعتق) لأن أداء البدل إنما يتصور في عقد منعقد لا في عقد باطل (ويسترد ما دفع) من المال ، لأنه أداء بسبب باطل .

(قال ومن قال لعبده جعلت عليك ألفاً تؤديها الي نجوماً أول النجم، كذا وآخره

لي نجوماً أول النجم ، كذا وآخره كذا ، فإذا أديتها فأنـت حر ، وإن عجزت فأنت رقيق ، فإن هذه مكاتبة لانه أتى بتفسير الكتابة .

ولو قال إذا أديت الي ألفاً كل شهر مائة فأنت حر ، فهذه مكاتبة في رواية أبي سليمان لان التنجيم يدل على الوجوب وذلك بالكتابـة .

كذا ، فاذا أديتها فأنت حر وإن عجزت فأنت رقيق فان هذه مكاتبة لأنه أتى بتفسير الكتابة) هـذه من مسائل الجامع الصغير ، وصورتها فيه محمد عن يعقوب عن أبي حنيفة في رجل قال لعبده الى آخره . وقوله لأنه أي لأن المولى . وفي الكافي صح استحساناً ، والقياس أن لا يصح ، لأن ذكر النجوم فضل في الكتابة عندنا وجود ذكرها كعدمها ، فبقي قوله قد جعلت عليك ألف درهم وهو بظاهره ضريبة . وقوله ان أديـت فأنت حر تعليق .

وجه الاستحسان أن العبرة في العقود للمعاني ،ألا ترى أن المضاربة بشرط الربح كله لرب المال بضاعة وبشرط المضاربة اقراض ، وقد وجد معنى الكتابة هنا ، لأن معنى الكتابة سنة ، وعادة هذا وعند الإطلاق يصح ، فعند التفسير أولى ولا بد من قوله فاذا أديـت فأنت حر . بخلاف قوله كاتبتك على كذا حيث لا يحتاج عندنا الى ذكره ، لأن قوله جعلت عليك ألف درهم على أن تؤديها كما يحتمل معنى الكتابة يعني يحتمل معنى الضريبة فلا يتعين الا بقولـه ، فاذا أديت فأنت حر بخلاف قوله كاتبتك ، فان الاحتمال يتقدم ها هنا . وأما قوله ان عجزت فأنت رقيق فضل غير محتاج اليه ولا في قوله كاتبتك ،وانما ذكره للتفسير والحث على أداء المال عند النجوم .

(ولو قال اذا أديت الى ألفاً كل شهر مائة فأنت حر فهذه مكاتبة في روايـة أبي سليمان ، لأن التنجيم يـدل على الوجوب) لأنه يستعمل التيسير ، وذا انما يكون عند الوجوب ، لأن المولى لا يستوجب على عبده شيئاً (وذلك بالكتابة) أي وجوب الدين للمولى على العبد لا يكون إلا بعقد الكتابة ،وأبو سليمان هذا اسمه موسى بن سليمان الجوزجاني

وفي نسخ أبي حفص لا يكون مكاتباً اعتباراً بالتعليق بالاداء مرة .
قال وإذا صحت الكتابة خرج المكاتب عن يد المولى ولم يخرج عن
ملكه . أما الخروج من يده فلتحقيق معنى الكتابة وهو الضم فيضم
مالكية يده إلى مالكية نفسه

صاحب الإمام محمد بن الحسن،وكانت وفاته بعد المائتين من البحرق،ونسبته الى جوزجاني مدينة بخراسان مما يلي بلخ .

(وفي نسخ أبي حفص «رح» لا تكون مكاتبة) أي وفي رواية لا تكون مكاتبة. قال فخر الإسلام في مبسوطه وهو الأصح (اعتباراً بالتعليق بالأداء مرة) يعني إذا قال إن أديت إلى ألفاً لا تكون كتابة ويكون تعليق الحرية بالشرط ، ولا يلزم قبول العبد والتنجيم لا يدل على الكتابة لصحتها بدونه كما في الكتابة الحالة، وصححه التنجيم بدونه كما في الضريبة ولما لم يكن أداء معه وجوداً وعدماً لم يدل التنجيم على الكتابة والتفاوت بين رواية أبي حفص وأبي سليمان إن العبد إذا أدى الألف مرة لا يعتق على رواية أبي حفص ، لأن الشرط أن يؤدي كل شهر مائة . وعلى الرواية الأخرى يعتق لأنه أدى بدل الكتابة . وأبو حفص هذا هو أبو حفص الكبير الإمام المشهور من أصحاب محمد بن الحسن واسمه أحمد بن حفص وفاته سنة سبع عشر ومائتين .

(قال) أي القدوري (وإذا صحت الكتابة) بخلوها عن المفسد بعد تحقق المقتضى (خرج المكاتب عن يد المولى ولم يخرج عن ملكه) احترز عن قول ابن عباس رضي الله عنه فعنده يعتق بمجرد العقد كما ذكرنا .

(أما الخروج من يده فلتحقيق معنى الكتابة لغة وهو الضم) كما ذكرنا في أول الكتاب أنه مشتق بمعنى الضم ، يقال كتبت البغلة إذا ضمت بين شفريها بحلقة (فيضم مالكية يده إلى مالكية نفسه) أي مالكية نفسه ، أي مالكية يده الحاصلة في الحال إلى مالكية نفسه التي تحصل عند الأداء قبل مالكية النفس في الحال ليست بموحدة فكيف يتحقق الضم ، وضم الشيء الى الشيء يقتضي وجودهما . أجيب بأن

أو لتحقيق مقصود الكتابة وهو أداء البدل فيملك البيع والشراء والخروج إلى السفر وإن نهاه المولى. وأما عدم الخروج عن ملكه فلما روينا، ولانه عقد معاوضة، ومبناه على المساواة ينعدم ذلك بتنجز العتق ويتحقق بتأخره، لأنه يثبت له نوع مالكية ويثبت له في الذمة حق من وجه،

مالكية النفس قبل الأداء ثابتة من وجه. ولهذا لو جنى عليه المولى وجب عليه الإرش. ولو وطىء المكاتبة لزمه العقر فيتحقق الضم (أو لتحقيق مقصود الكتابة وهو أداء البدل فيملك) أي المكاتب (البيع والشراء والخروج الى السفر وان نهاه المولى) أي عن السفر، وسواء كان السفر طويلا أو قصيراً وبه قال أحمد والشافعي «رح» في قول. وقال في قول آخر لا يخرج الى السفر بغير اذن السيد، وبه قال مالك. وفصل بعض أصحاب الشافعي فقال ان كان السفر طويلا لا يخرج بغير اذنه، وان كان قصيراً يخرج.

(اما عدم الخروج عن ملكه فلما روينا) من قوله ﷺ المكاتب عبد ما بقي عليه درهم. ولو قال ذكرنا كان أحسن لأنه ذكر الحديث وما رواه اللهم ان كان قد رواه في غير هذا الكتاب فيصدق عليه انه رواه.

(ولأنه عقد معاوضة) أي ولأن عقد الكتابة عقد معاوضة كما مر (ومبناه على المساواة) أي مبنى عقد المعاوضة على التساوي (وينعدم ذلك) أي المساواة على تأويل التساوي (بتنجز العتق ويتحقق بتأخره) أي يتحقق المساواة بتأخر العتق (لأنه يثبت له) أي للعبد الذي كوتب (نوع مالكية)اليد (ويثبت له في الذمة) أي يثبت للمولى في ذمة المكاتب (حق من وجه) وهو أصل البدل، وإنما كان حق من وجه لضعفه، فإنه ثابت في الذمة مع المنافي، إذ المولى لا يستوجب على العبد ديناً، وهذا لا تصح به الكفالة، فلو ثبت به العتق ناجزاً كما قال ابن عباس على ما فاتت المساواة لا يقال المساواة فاتت على ذلك التقدير أيضاً، لأن نوع المالكية ثابت عليه من وجه، فأين المساواة، لأن نوع مالكيته أيضاً ضعيف لبطلانه بعوده رقيقاً.

فإن أعتقه عتق بإعتاقه ، لأنه مالك لرقبته ويسقط عنه بدل الكتابة لأنه ما التزمه إلا مقابلاً بحصول العتق له وقد حصل دونه . قال وإذا وطيء المولى مكاتبته لزمه العقر لأنها صارت أخص بأجزائها توصلاً إلى المقصود بالكتابة وهو الوصول إلى البدل من جانبه وإلى الحرية من جانبها بناء عليه ، ومنافع البضع ملحقة بالأجزاء والأعيان وإن جنى عليها أو على ولدها لزمته الجناية

(فإن اعتقه) أي فإن أعتق المولى المكاتب بأن نجز عتقه (عتق بإعتاقه لأنه مالك لرقبته ويسقط عنه بدل الكتابة لأنه ما التزمه) أي لأن المكاتب بعدما التزم بدل الكتابة (إلا مقابلاً) بفتح الباء (بحصول العتق له) أي ببدل الكتابة (وقد حصل دونه) أي حصل العتق دون بدل الكتابة .

(قال) أي القدوري (وإذا وطيء المولى مكاتبته لزمه العقر) وبه قال الشافعي « رح » . وقال مالك لا عقر عليه . وقال أحمد إن شرط عليها الوطء لا عقر عليه وإلا يجب ويؤدب ، لأنه وطيء حرام وعن الحسن البصري قال يجب الحد لأنه وطيء في غير ملكه ، وعندنا وعند الشافعي « رح » إذا شرط وطأها تفسد الكتابة، وعند مالك يفسد الشرط ويصح العقد . وعند أحمد يصح كلاهما (لأنها صارت أخص بأجزائها توصلا إلى المقصود بالكتابة وهو الوصول إلى البدل من جانبه، وإلى الحرية من جانبها بناء عليه) أي على الوصول إلى البدل من جانبه (ومنافع البضع ملحقة بالأجزاء والأعيان) حيث قابلها الشرع بالأعيان ، قال الله تعالى ﴿ أن تبتغوا بأموالكم ﴾ ٢٤ النساء، والآدمي مفرع منها. ولهذا لو استحقت الجارية يغرم المشتري من العقر وقيمة الولد دون المنفعة، فعلم أن الوطء في حكم جزء العين ولو كان في حكم المنفعة لما غرم .

فإن قلت إذا اشترى جارية فوطئها ثم باعها مرابحة ليس عليه أن يبين أنه وطئها . وإذا لحقت بالاعيان لوجب البيان . قلت لا يجب لانه لا يقابله شيء من الثمن (وإن جنى عليها أو على ولدها لزمته الجناية) هذا لفظ القدوري ، أي وإن جنى المولى على

لما بينا . وإن أتلف مالاً لها غرم ، لأن المولى كالأجنبي في حق اكسابها ونفسها ، إذ لو لم يجعل كذلك لأتلفه المولى فيمتنع حصول الغرض المبتغى بالعقد

فصل في الكتابة الفاسدة

قال وإذا كاتب المسلم عبده على خمر أو خنزير أو على قيمته فالكتابة فاسدة ، أما الأول فلأن الخمر والخنزير لا يستحقه المسلم ،

المكاتبة أو جنى على ولدها لزمته الجناية كما لزمه إرش الجناية على العبد الموهوب [1] وفي الكفاية لشمس الائمة البيهقي جناية المولى على مكاتبه عمداً لا يوجب المعقود لاجل الشبهة ، ولو قتل المكاتب مولاه يجب القود (لما بينا) أشار إلى قوله لانها صارت الغرض بأجزائها .

(وإن أتلف) أي المولى (مالاً لها) أي للمكاتبة (غرم، لان المولى كالاجنبي في حق اكسابها ونفسها) وفي بعضها النسخ في حق اكسابها ونفسه (إذ لولم يجعل كذلك لاتلفه المولى) أي على تأويل أنه ملكه (فيمتنع حصول الغرض المبتغى) أي المطلوب(بالعقد) هو حصول الحرية لها والمال .

(فصل في الكتابة الفاسدة)

وجه تأخير الفاسد عن الصحيح لا يحتاج المنفي إلى دليل .

(قال وإذا كاتب المسلم عبده على خمر أو خنزير أو على قيمته) أي على قيمة نفس العبد مثل أن يقول كاتبتك على قيمتك (فالكتابة فاسدة) بلا خلاف للثلاثة ، وكذا إذا كان المولى ذمياً والعبد مسلماً لا يجوز كتابته على خمر أو خنزير.

(أما الاول) وهو ما اذا كانت على خمر أو خنزير (فلأن الخمر والخنزير لا يستحقه

---

(١) المرهون – هامش .

لأنه ليس بمال في حقه فلا يصلح بدلاً فيفسد العقد . وأما الثاني فلأن قيمته مجهولة [1] قدراً و جنساً ووصفاً فتفاحشت الجهالة وصار كما إذا كاتب على ثوب أو دابة ولأنه تنصيص على ما هو موجب العقد

المسلم ، لانه ليس بمال متقوم في حقه) يعني ليس بمال متقوم في حقه يعني ليس بمال متقوم في حق المسلم (فلا يصلح بدلا فيفسد العقد) لانه صار عقداً بلا بدل .

(وأما الثاني) وهو ما اذا كاتبه على قيمته (فلأن القيمة) أي قيمة العبد (مجهولة قدراً) أي من حيث القدر ، يعني مائة أو مائتين (وجنساً) يعني ومن حيث الجنس ، يعني ذهباً أو فضة (ووصفاً) يعني من حيث الوصف يعني جيداً أو رديئاً (فتفاحشت الجهالة وصار كما اذا كاتب على ثوب أو دابة) ولم يبين جنسها فإنها تفسد وتفحش الجهالة .

الاصل أن ما صلح بدلا في الكتابة لانها مبادلة مال بما ليس بمال ، اذ البدل في الحال مقابل كل الحجر وهو ليس بمال ، فصار كالنكاح .

فإن قلت لو كاتبه على عبد يصح ، وبه قال مالك ، خلافاً للشافعي وأحمد « رح » ، ويجب عليه قيمة عبد وسط ، حتى لو أتى بالعبد الوسط أو قيمته يجبر المولى على القبول . وإن كاتب على القيمة يجب بهذا التسمية ، فينبغي أن يجوز إذا صرح بالقيمة . قلت القيمة فيما نحن بصدده يجب قصداً لا حكماً لمكان التصريح بالقيمة ، ويجب ثم حكماً لا قصداً لأنه تصريح بالعبد وقد يثبت الشيء حكماً وضمناً لغيره وإن كان لا يثبت قصداً كبيع الأجنبية ونحوها .

فإن قلت لما لا تجعل قوله كاتبتك على ثوب كتابة ثمن قوله إن أديت إلى ثوب فأنت حر فإن في هذه الصورة يعتق بأداء أي ثوب كان . قلت لا يمكنه ذلك ، لأن الكتابة متى صحت كان حكمه تعلق العبد بثوب معين ، لأن الثوب مجهول فلا يمكن أن يجعل كتابة عنه .

(ولأنه تنصيص) تعليل آخر ،أي ولأن قوله كاتبتك على قيمتك تنصيص (على ما هو

---

(١) القيمة ـ هامش .

الفاسد، لأنه موجب للقيمة فإن أدى الخمر عتق ، وقال زفر لا يعتق إلا بأداء قيمة الخمر ، لأن البدل هو القيمة .

موجب العقد الفاسد) أي القيمة ، أراد أن العقد الفاسد يوجب القيمة ، وهو معنى قوله (لأنه) أي لأن العقد الفاسد (موجب للقيمة) فالتنصيص على قيمة العبد تنصيص على موجب العقد الفاسد . ولو نص على العقد الفاسد ينعقد بوصف الفساد ، فكذا إذا نص على موجبه .

(قال فإن أدى الخمر عتق) أي قال القدوري « رح » وهذا الذي ذكره ظاهر الرواية عن أصحابنا ، وعليه نص الحاكم في الكافي . وقال الفقيه أبو الليث رحمه الله في كتاب العيون رجل كاتب عبد على خمر فالكتابة فاسدة ، فان أدى القيمة عتق . وإن أدى الخمر لا يعتق ، وهذا قول زفر . وقال أبو يوسف أيهما أدى عتق . وروى أبويوسف عن أبي حنيفة أنه لا يعتق بأداء الخمر ، إلا أن يقول إن أديت فأنت حر فانه يعتق وعليه قيمة نفسه . قال الفقيه هذا كله خلاف رواية المبسوط ، فان في رواية المبسوط لا يعتق بأداء القيمة ويعتق بأداء الخمر وأن يقول المولى إذا أديت إلي فأنت حر فعليه قيمته ، انتهى.

وفي المبسوط فان أداه قبل أن يترافعا إلى القاضي وقد كان قال له أنت حر إذا أديته إذ لم يعلمه فانه يعتق ، لأن هذا العقد منعقد مع فساده فتعتق بالأداء وعليه قيمة نفسه ، لأن العقد فاسد فيلزمه أو رقبة لأهل الفساد وقد تعذر رده بنفوذ العتق فيه فيلزمه قيمته كالمشتري شراء فاسداً إذا عتق المبيع قبل القبض.

(وقال زفر « رح » لا يعتق) يعني وإن أدى الخمر (إلا بأداء قيمة الخمر ، لأن البدل هو القيمة) يعني في الكتابة الفاسدة ، وقد وقع هكذا في بعض النسخ إلا بأداء قيمة الخمر . قال في الكافي هذا مشكل . قلت لأنه مخالف لعامة الروايات، فان عند زفر « رح » لا يعتق إلا بأداء القيمة محلاة بالألف واللام بدون إضافته ، وفيه أيضاً إجمال . وقال الكاكي النسخة الصحيحة لا تعتق إلا بأداء قيمة نفسه كما هو مذكور في عامة النسخ . قلت هذا دعوى منه ، بل غالب النسخ لا يعتق إلا بأداء قيمة الخمر ، ولهذا لما قال صاحب الكافي وهذا مشكل سكت ولم يقل النسخة الصحيحة كذا . وكذا ذكر تاج

وعن أبي يوسف « رح » انه يعتق بأداء الخمر ، لأنه بدل صورة ويعتق بأداء القيمة أيضاً لأنه هو البدل معنى . وعن أبي حنيفة رحمه الله انه إنما يعتق بأداء عين الخمر إذا قال إن أديتها فأنت حر ،

الشريعة في الكفاية حيث قال قوله لا يعتق إلا بأداء قيمة الخمر . وذكر في المبسوط قيمة نفسه مكان قيمة الخمر. وفي مبسوط خواهر زاده وإذا وكل رجلاً بأن يعتق عبد على جعل فأعتقه على خمر أو خنزير جاز ، وعلى العبد قيمة نفسه .

(وعن أبي يوسف انه يعتق بأداء الخمر لأنه بدل صورة) قال السغناقي هذا الحكم الذي ذكر هو ظاهر الرواية عند علمائنا الثلاثة على ما ذكره في المبسوط والذخيرة ، فعلى هذا كان من حقه أن لا يخص أبي يوسف وأن يذكر بكلمة عن . وقال صاحب العناية هذا صحيح إن كان الألف واللام في القيمة أعني في قوله ويعتق بأداء القيمة أيضاً بدلاً عن نفسه . وأما اذا كان بدلاً عن الخمر كما ذكره في بعض الشروح فيجوز أن يكون ذلك على ظاهر الرواية عن أبي يوسف .

قلت سواء جعل الألف واللام في القيمة بدلاً عن نفسه أو عن الخمر فعتقه بأداء الخمر هو ظاهر الرواية عندهم ، وما قاله السغناقي باق ، والشراح ما جعلوا الألف واللام في القيمة الا بدلاً عن نفسه كما صرح بذلك تاج الشريعة وغيره .

والحاصل أن عند أبي يوسف «رح» أيها أدى المشروط أو قيمة نفسه يعتق ، وعندهما انما يعتق بأداء المشروط اذا قال ان أديتها فأنت حر ، لأن العتق يكون بالشرط حينئذ ، وصار كما لو كانت على ميتة أو دم فانه لايعتق الا اذا نص على الشرط. وفي ظاهر الروايه يعتق بأداء الخمر ، صرح بذكر الشرط أو لم يصرح على ما يجيء الآن .

(ويعتق بأداء القيمة أيضاً) أي قيمة نفسه ، قال تاج الشريعة وغيره كما ذكرنا (لأنه هو البدل معنى) أي لأن أداء قيمة نفسه هو البدل من حيث المعنى .

(وعن أبي حنيفة أنه انما يعتق بأداء عين الخمر اذا قال ان أديتها فأنت حر) فحينئذ يعتق وعليه قيمة نفسه ، لأن العقد الفاسد اذا أتلف فيه المعقود عليه ويجب فيه القيمة

لأنه حينئذ يكون العتق بالشرط لا بعقد الكتابة، وصار كما إذا كاتب على ميتة أو دم ولا فصل في ظاهر الرواية. ووجه الفرق بينهما وبين الميتة أن الخمر والخنزير مال في الجملة فأمكن اعتبار معنى العقد فيه وموجبه العتق عند أداء العوض المشروط . وأما الميتة فليست بمال أصلاً فلا يمكن اعتبار معنى العقد فيه ، فاعتبر فيه معنى الشرط وذلك بالتنصيص عليه . وإذا أعتق بأداء عين الخمر لزمه أن يسعى في قيمته لأنه وجب عليه رد رقبته لفساد العقد وقد تعذر بالعتق ، فيجب رد قيمته كما في البيع الفاسد إذا تلف المبيع .

كالبيع اذا أتلف في المبيع الفاسد في يد المشتري (لأنه حينئذ يكون العتق بالشرط لا بعقد الكتابة وصار كما إذا كاتب على ميتة أو دم) أي بحصول شرط تعلق به العتق كما اذا كاتب على ميتة أو دم حيث لا يعتق بأدائها ، الا اذا قال المولى اذا أديته الميتة أو الدم فأنت حر ، أما اذا لم يقل فلا يعتق بأدائهما لأن العتق لم ينعقد أصلا فيعتبر فيه التعليق (ولا فصل في ظاهر الرواية) يعني بأداء الخمر ، سواء كان في العقد ان أديت الخمر فأنت حر أو لم يقل ذلك .

(ووجه الفرق بينهما وبين الميتة) أي في ظاهر الرواية بين الخمر والخنزير وبين الميتة (أن الخمر والخنزير مال في الجملة) وان لم يكن متقوماً في حكم المسلم (فأمكن اعتبار معنى العقد فيها) باعتبار المالية ، ومعنى العقد هو المعاوضة (وموجبه العتق) أي موجب معنى العقد هو العتق (عند أداء العوض المشروط ، أما الميتة فليست بمال أصلا فلا يمكن اعتبار معنى العقد فيه ، فاعتبر فيه معنى الشرط وذلك) أي اعتبار معنى الشرط (بالتنصيص عليه) أي على الشرط ، وهو أداء ميتة .

(واذا اعتق بأداء عين الخمر لزمه أن يسعى في قيمته لانه وجب عليه رد رقبته لفساد العقد) لان موجب العقد الفاسد رد المعقود عليه (وقد تعذر بالعتق فيجب رد قيمته كما في البيع الفاسد اذا تلف المبيع) في يد المشتري بعد القبض .

قال ولا ينقص عن المسمى ويزاد عليه ، لأنه عقد فاسد فيجب القيمة عنـــد هلاك المبدل بالغة ما بلغت ، كما في البيع الفاسد ، وهذا لان المولى ما رضي بالنقصان والعبد رضي بالزيادة كيلا يبطل حقه في العتق أصـلا

(قال) أى القدوري (ولا ينقص) أى القيمة (عن المسمى ويزاد عليه لانه عقد فاسد فيجب القيمة عند هلاك المبدل بالغة) أى حال كونها بالغة (ما بلغت كما في البيـع الفاسد) اذا تلف المبيـع تجب قيمة المبيـع لتعذره (وهذا) أى وجوب القيمة بالغة ما بلغت (لان المولى ما رضي بالنقصان) أى عن المسمى حيث أوجب العقد فيه وان كانت القيمة أقل.

فان قلت ينبغي أن لا يعتبر رضى المولى في النقصان كـــما في البيـع الفاسد ، حيث ينقص عن المسمى ويرد عليه . قلت حقيقة المبادلة موجودة ثمة ، لان البائع يصل اليـــه عوض حقه بالتمام ، والواجب هو القيمة ، وانما يصار الى المسمى عند صحة التسمية ، أما هنا فالمولى محسن لانه يبيـع ماله بماله ﴿ وما على المحسنين من سبيل ﴾ وهو انما رضي بزوال ملكه بقدر ما سمي فلا يجوز النقصان عنه .

(والعبد رضي بالزيادة) على المسمى (كيلا يبطل حقـه) أى حق العبد (في العتق أصلا) لانه ان لم يرض بها يمتنع المولى عن العتق فيفوت له ادراك شرف الحرية .

فان قلت هذا الإبطال اذا لم يعتق بأداء غير الخمر ، أما اذا عتق فلا يلزم هـــذا ، قلت يحتمل أن القاضي يرى صحة ما روي عن أبي حنيفة «رض» فيما اذا كاتبه على خمر ولم يقل ان أديتها فأنت حر فأدى الخمر لا يعتق ، فلو قضى بتلك الروايـــة يبطل حقه في العتق .

فان قلت اذا لم يعتق لا يجب عليه السعاية أيضاً فلا يتأتى القول بالزيادة والنقصان . قلت يحتمل أن المصنف « رح » اختار في اتمام التسمية غير ظاهر الرواية . قال السغناقي قوله كيلا يبطل حقه في العتق لا يصلح تعليلا لقوله والعبد رضي بالزيادة لانه يمكن أن يكون العبد غير راض بالزيادة على المسمى وان بطل حقه في العتق ، لان ذلك نفـــع

فتجب القيمة بالغة ما بلغت . وفيما إذا كاتبه على قيمته يعتق بأداء القيمة لأنه هو البدل وأمكن اعتبار معنى العقد فيه

شرب بالضرر لان تحمل الزيادة أضر عليه من العتق وكم من عبد لا يرضى بنفس العتق من غير بدل .

وفي وقت غرق الطعام فأولى أن لا يرضى عند ايجاب الزيادة على المسمى ، والاولى في التعليل أن يقال لما عقد مع مولاه عقد الكتابة الفاسدة وأقدم عليه باختياره ورضاه كان قابلا قيمة نفسه بالغة ما بلغت ، اذ قيمة نفسه قد تزيد على المسمى . قلت هذا الذى ذكره معارض بالمثل ، لانه يمكن ان يكون العبد راضياً بالزيادة على المسمى وان حصل له ضرر في الزيادة لاستشرافه شرف الحرية ، وكم من عبد لا يرضى بالرقبة الا على الاضطرار وكان عرضه حصول الحرية ، ولو كان في وقت غرة الطعام بل هذا هو الغالب في العبد ، لان أصل مقصودهم خلاصهم عن اسراء الرقبة وتولى أمور أنفسهم فالمصنف ذكر هذا بناء على الغالب والمغلوب في مقابلة الغالب كحكم العدم ودعى للأولوية في التعليل الذى ذكره لا برهان له فيها ، لان اقدامه على عقد هذا الكتاب الفاسدةربمايكون عن جهل معتقداً أنها صحيحة اذ لولا حقيقتها ما أقدم عليها، لانحال المسلم بناء في ذلك .

(فتجب القيمة بالغة ما بلغت) أي فتجب قيمة العبد حال كونها بالغة ما بلغت وما بلغت في محل النصب باسم الفاعل .

(وفيما إذا كاتبه على قيمته) هذا راجع إلى قوله في أول الفصل أو على قيمة نفسه (يعتق بأداء القيمة لأنه هو البدل) أي لأن القيمة هو الفرض إنما ذكر الضمير إما باعتبار المذكور ، وإما بتذكر الخبر ولم يذكر بماذا تعرف القيمة . وفي الذخيرة ومبسوط شيخ الإسلام،وقيمتهتعرف بتصادقهما ، لأن الحق فيما بينهما وإما بتقويم القومين ، فإن اتفق الاتيان منهم على شيء جعل ذلك قيمة له وإن اختلفا لا يعتق ما لم يؤدأقصى القيمتين ، لأن شرط العتق لا يثبت (وأمكن اعتبار معنى العقد فيه) أي أمكناعتبار معنى عقد الكتابة في أداء القيمة بأن أدى ما لا يختلف المقومون فيه بأن يقوم أحدهم بثلاثين

وأثر الجهالة في الفساد بخلاف ما إذا كاتبه على ثوب حيث لا يعتق بأداء ثوب ، لأنه لا يوقف فيـــه على مراد العاقد لاختلاف أجناس الثوب فلا يثبت العتق بدون إرادته .

والآخر بخمسة وثلاثين، والآخر بأربعين ، فلما لم يجاوز أحدهم من أربعين وقد أدى أربعين يكون مؤدياً قيمتها .

(وأثر الجهالة في الفساد) هذا جواب عما يقال القيمة مجهولة فكان الواجب أن يفيد البطلان ولا يعتق بأداء القيمة فقال وأثر الجهالة ، أي جهالة القيمة في فساد العقد لا فساد العقد لا في بطلان كما في البيع فإنها تفسده ولا تبطله.

(بخلاف ما إذا كاتبه على ثوب) هذا أيضاً جواب عما يقال الكتابة على ثوب كالكتابة على قيمة العبد فكان ينبغي أن يعتق بأداء ثوب كما عتق بأداء القيمة . فقال بخلاف ما إذا كاتبه على ثوب (حيث لا يعتق بأداء ثوب ، لأنه لا يوقف فيه) أي في الثوب (على مراد العاقد) لأنه لا يزيد ملكه بأي ثوب كان بل ثوب معين ولا يدري أن هذا المؤدى هو ذلك المعنى أم لا (لاختلاف أجناس الثوب فلا يثبت العتق بدون إرادتـــه) المولى أراد أن المتعين ينبغي أن يكون مراداً له حتى يثبت العتق والإطلاق على ذلك متعـذر لاختلاف أجناسه فلا يعتق بدون إرادته . بخلاف القيمة لأنها وإن كانت مجهولة يمكن استـدراك مواده بتقويم المقومين .

فإن قلت فإن أدى القيمة فيما إذا كاتبه على ثوب يعتق أولاً . قلت ذكر في الذخـيرة أن الأصل عند علمائنا الثلاثة أن المسمى متى كان مجهول القدر أو الجنس فانه لا يعتق العبد بأداء القيمة ولا تنعقد هذه الكتابة أصلا لا على المسمى ولا على القيمة .

فان قلت ينبغي أن يؤدي ثوباً اعتباراً بجهـــة التعليق ، إذ الكتابة تتضمن المعاوضة والتعليق ، فاذا بطل معنى المعاوضة لجهالة الثوب يبقى معنى التعليق فيعتق ، كما لو قال إن أديت إلى ثوب فأي ثوب أدى عتق ، كذلك ها هنا . قلت التعليق في ضمن المعاوضة فاذا بطلت جهـــة المعاوضة بطلت تلك الجهـة الأخرى أيضاً ، لأن المتضمن يبطل ببطلان المتضمن .

قال وكذلك إن كاتبه على شيء بعينه لغيره لم يجز لأنه لا يقدر على تسليمه ومراده شـــيء يتعين بالتعيين حتى لو قـــال كاتبتك على هـذه الألف الدرهم وهي لغيره جاز لأنها لا تتعين في المعاوضات فيتعلق بدراهم دين في الذمة فيجوز . وعن أبي حنيفة رواه الحسن أنـــه يجوز حتى إذا ملكه وسلمه يعتق ، فإن عجز يرد في الرق ، لأن المسمى مال والقدرة على التسليم موهومة فأشبه الصداق .

(قال) أي في الجامع الصغير (وكذلك إن كاتبه على شيء بعينه) الثوب والعبد (لغيره) أي حال كون الشيء لغير العبد لا يقال قوله شيء نكرة فلا يقع ذو الحال، لأنه تخصص بالصفة ، أعني قوله بعينه فان تقديره على شيء معين (لم يجز) أي عقد هـــذه الكتابة (لأنه لا يقدر على تسليمه) ذلك الشيء إلى مولاه ، وبه قال الشافعي وأحمد ، وقال مالك يجوز ويشتريه ويؤديه وإن لم يبعـــه الغير يؤدي قيمته (ومراده شيء يتعين بالتعيين) اي مراد محمد من قوله على شيء يتعين بالتعيين كالعبـــد والثوب وغيرهما من المكيل والموزون .

(حتى لو قـــال كاتبتك على هذه الألف الدرهم وهي لغيره) أي والحال أن هذا الألف لغير العقد (جاز) أي عقد الكتابة (لأنها) أى لأن الدراهم وكـــذا الدنانير (لا تتعين في المعاوضات فيتعلق) العقد (بدراهم دين في الذمة فيجـــوز) وعند الشافعي وأحمد لا يجوز هذا أيضاً لتعين الدراهم والدنانير عندهما .

(وعن أبي حنيفة رواه الحسن أنه يجوز حتى إذا ملكه وسلمه يعتق) أى حتى لو ملك ذلك العين وسلمه المولى عتق ، وقال أشهب المالكي إذا ملكه قبل الفسخ وسلمه جاز (وإن عجز يرد في الرق) أى وإن عجز العبد عن تسليم العين المذكـــور إلى مولاه يرد في الرق (لأن المسمى مال ، والقدرة على التسليم موهومة) أى قدرة العبـــد على تسليم العين إلى مولاه بما يحدث له فيه من الملك موهومة (فأشبه الصداق) أى أشبه بدل الكتابة من مال الغير صداق المرأة من مال الغير بأن يتزوجها على عبد الغير تصح التسمية فكذا

قلنـا إن العين في المعاوضة معقود عليـــه والقدرة على المعقود عليه شرط للصحة إذا كان العقد يحتمل الفسخ كما في البيـــع ، بخلاف الصداق في النكاح ، لان القدرة على ما هو المقصود بالنكاح ليس بشرط فعلى ما هو تابع فيه أولى . فلو أجاز صاحب العين ذلك فعن محمد « رح » انه يجوز ، لأنه يجوز البيع عند الإجازة

هنا تصح التسمية ، فاذا قدر على تسليمه جاز ، وإذا لم يجز المالك في النكاح رجعت المرأة على الزوج بقيمة العبد أو بمهر المثل . ولو كانت التسمية فاسدة لرجعت بمهر المثل.

(قلنا إن العين في المعاوضات) هذا إشارة إلى بيان وجه الظاهر ، وهو ان العين في المعاوضات ، وأراد بالعين بدل الكتابة (معقود عليه والقدرة على المعقود عليـــه شرط للصحة) أى شرط صحة العقد ، ولهذا لم يجز بيع الآبق (وإذا كان العقد يحتمل الفسخ) أى والكتابة يحتمل الفسخ فشرط القدر على المعقود عليه (كما في البيع) فانه يحتمل الفسخ فيشترط فيه القدرة على المعقود عليه .

فان قلت البدل في الكتابة له حكم الثمن بدليل جواز الكتابة الحالية الثمن معقود به لا معقود عليه ،فلاتكون القدرة عليه شرطاً. قلت هذا إذا كان من النقود وليس الكلام فيه ، وإنما كلامنا في العين فيصير عقد الكتابه بمنزلة المقايضة فيصير للبدل حكم المبيـــع فيشترط القدرة عليه .

(بخلاف الصداق في النكاح) هذا جواب عن قوله فأشبه الصداق وذلك(لأن القدرة على ما هو المقصود بالنكاح) وهو منافع البضع أو التوالد والتناسل (ليس بشرط)حتى لوتزوج رضيعة يجوز (فعلى ما هو فيه تابع أولى) أى فالقدرة على ما هو تابع وهـــو الصداق يصح ، والكتابة بدون ذكر البدل لا يصح فوضح الفرق .

(فلو أجاز صاحب العين ذلك) أراد في قوله و كذلك إن كاتبه على شيء بعينه لغيره لم يجز ، أى لو أجاز مالك العين ذلك يعني ما قاله المولى لعبده (فعن محمد انـــه يجوز لأنه يجوز البيع عند الإجازة) بأن اشترى شيئاً بمال الغير فأجازه الغير يجوز مع

فالكتابة أولى. وعن أبي حنيفة أنه لايجوز اعتباراً بحال عدم الإجازة على ما قال في الكتاب، والجامع بينهما أنه لا يفيد ملك المكاسب وهو المقصود لأنها تثبت للحاجة إلى الأداء منها ولا حاجة فيما إذا كان البدل عيناً معيناً ، والمسألة فيه على ما بيناه. وعن أبي يوسف «رح»

أنه مبني على المضايقة والمماكسة (فالكتابة أولى) بالجواز ، لأن مبناها على المساعة . وقيل لأنها لا تفسد بالشرط الفاسد ، بخلاف البيع ، فصار صاحب المال مفوضاً المال من العبد فتصير العين من أكسابه .

(وعن أبي حنيفة رحمه الله انه لا يجوز) أى وإن أجاز صاحب العبد ، وهذه رواية ابن سماعة عن أبي يوسف رحمه الله عن أبي حنيفة «رح» (اعتباراً بحال عدم الإجازة على ما قال في الكتاب) أى الجامع الصغير ، أشار به إلى قوله وكذلك إن كاتبه على شي، بعينه لغيره لم يجزه (والجامع بينهما انه) أى عقد الكتابة (لا يفيد ملك المكاسب وهو المقصود) أى والحال أن ملك المكاسب هو المقصود في الحال .

فان قلت المقصود من عقد الكتابة هو الحرية . قلت موجب الشيء ما يكون عقيب ذلك الشيء ، وما يعقب الكتابة هو ملك الحر وملك المكاسب . وأما الحريـــة فعند انقضاء عقد المكاتبة لا عقيبه ، فيكون الموجب هو ملك المكاسب .

(لأنها) أى لأن الكتابة ، وفي بعض النسخ لأنه أى لأن العقد (تثبت للحاجة إلى الأداء منها) أى من المكاسب (ولا حاجة فيما إذا كان البدل عيناً معيناً) لغـيره ، لان العقد لم ينعقد إذا كان البدل عيناً لغيره فلم يحتج إلى أداء منه ، لان الاحتياج إليه عند صحة العقد (والمسألة فيه) أي فرض المسألة فيما إذا كان البدل عيناً معيناً،وقدأشاربقوله معيناً بعد قوله عيناً احترازاً من الدراهم والدنانير المعينة ، فإنها وإن عينت لا تتعين عندنا، فتجوز الكتابة حتى إذا كاتبه على ألف فلان هذه جازت ، فإن أدى تلك الألف أو ألف أخرى عتق (على ما بيناه) أشار به إلى قوله ومراده شيء يتعين بالتعيين .

(وعن أبي يوسف انــه يجوز أجاز ذلك أو لم يجز) أي روي عن أبي يوسف «رح »

أنـــه يجوز أجاز ذلك أو لم يجز ، غير أنه عند الإجازة يجب تسليم عينه ، وعند عدمها يجب تسليم قيمتـــه كما في النكاح ، والجامع بينهما صحة التسمية لكونه مالاً . ولو ملك المكاتب ذلك العين فعن أبي حنيفة « رح » رواه أبو يوسف أنه إذا أداه لا يعتق ، وعلى هذه الرواية لم ينعقد العقد إلا إذا قـــال له إذا أديت إلي فأنت حـــر ، فحينئذ يعتق بحكم الشرط ، وهكذا عن أبي يوسف « رح » .

أن الحكم المذكور وهو ما إذا كاتبه على شيء بعينه لغيره أجاز مالك الشيء أو لم يجـزه (غير أنه عند الإجازة يجب تسليم عينه) أي غير أن الشأن عند إجازة مالـــك الشيء يكون العقد على شيء يجب على المكاتب تسليم عين ذلك الشيء إلى المولى (وعند عدمهـا يجب تسليم قيمته) أي وعند عدم إجازة مالك الشيء يجب على المكاتب تسليم قيمـــة ذلك الشيء (كما في النكاح) فإنه إذا نكح امرأة على عبد رجل بعينه يصح العقد ، فإن رضي مالك العبد يدفعه إليها فبها وإلا فيجب على الزوج قيمة العبد (والجامع بينهماصحة التسمية لكونه مالاً) أي المعنى الجامع بين المقيس الذي هو الكتابة المذكـورة والمقيس عليه الذي هو النكاح صحة التسمية في كل منهما لكونه مالاً ، أي لكون التسميةوالتذكير باعتبار المسمى مالاً .

(ولو ملك المكاتب ذلك العين) أراد أن مالك العين لم يجز ، ولكن ملك المكاتب العين بسبب من أسباب الملك (فمن أبي حنيفة رواه أبو يوسف انه إذا أداه لا يعتق) أي روى أبو يوسف عن أبي حنيفة انه أي المكاتب إذا أدى تلك العين التي ملكهـا لا يعتق (وعلى هذه الرواية لم ينعقد العقد إلا إذا قال إذا أديت إلي فأنت حر ، فحينئـذ يعتق بحكم الشرط) هذه الرواية هي ظاهر الرواية أن عقد الكتابة لا ينعقـــد من الأول إلا بالشرط بأن يقول المولى إذا أديت إلي هذه العين فأنت حر فانه يعتق عند الأداء لوجـود الشرط ولا يعتق بالعقد لعدم انعقاده (وهكذا عن أبي يوسف) أي وهكذا روي أيضاً

وعنه أنه يعتق قال ذلك أو لم يقل ، لان العقد ينعقد مع الفســـاد لكون المسمى مالاً فيعتق بأداء المشروط . ولو كاتبه على عين في يد المكاتب ففيه روايتان وهي مسألة الكتابة على الأعيان ، وقـــد عرف ذلك في الاصل . وقد ذكرنا وجه الروايتين في كفاية المنتهى.

عن أبي يوسف « رح » مثلما روي عن أبي حنيفة « رح» انه لا يعتق إلا بالشرط ، وهذا رواية الحسن بن أبي مالك « رح » عنه . وذكر في اختلاف زفر ويعقوب أن قـــول زفر مثل ذلك .

(وعنه أنه يعتق قال ذلك أو لم يقل) أي وروي عن أبي يوسف « رح » رواه عن أصحاب الإملاء انه يعتق بدفع العين إلى مولاه سواء قال المولى إن أديت إلي فأنت حر أو لم يقل (لأن العقد ينعقد مع الفساد لكون المسمى مالاً فيعتق بأداء المشروط) كما لو كاتبه على خمر فأدى فانه يعتق .

(ولو كاتبه على عين في يد المكاتب) بأن كان مأذوناً في التجارة والمراد عـين معين سوى الدراهم والدنانير ، فانه لو كاتبه على دراهم أو دنانير في يد العبد من كسبه تجـــوز الكتابة باتفاق الروايات ، ذكره شيخ الإسلام في مبسوطه (ففيـــه روايتان) أي ففي حكمه روايتان في رواية كتاب الشرب من الأصل يجوز ، وفي رواية كتاب المكاتب من الأصل لا يجوز (وهي مسألة الكتابة على الأعيان) وهي التي ذكرت قبيل هــذا بقوله وإن كاتبه على شيء بعينه لم يجز . وعن أبي حنيفة رواه الحسن يجوز (وقد عرف ذلك في الأصل) أي قد عرف حكم ما ذكر من الكتابة على شيء بعينه في المبسوط (وقـــد ذكرنا وجه الروايتين) يعني الجواز وعدم الجواز (في كفاية المنتهى) وهو كتاب صنفه المصنف « رح » كتاب حافل عظيم لم يقع في هذه الديار ، قيل إنه موجود في بلاد الهند وأحاله عليه ولم يذكره هنا لطول الكلام فيه .

وجه روايته أنه كتابة على مال معلوم مقدور التسليم فيجوز ، ولأن البيع يجـــوز باجازة مالك العين فالكتابة أولى . وجه رواية عدم الجواز أن كسب العبد وقت العقد

قال وإن كاتبه على مائة دينار على أن يرد المولى إليه عبداً بغير عينه فالكتابة فاسدة عند أبي حنيفة « رح » ومحمد « رح » . وقال أبو يوسف « رح » هي جائزة ويقسم المائة الدينار على قيمة المكاتب وعلى قيمة عبد وسط فتبطل منها حصة العبد فيكون مكاتباً بما بقي ، لان العبد المطلق يصلح بدل الكتابة وينصرف إلى الوسط، فكذا يصلح مستثنى منه وهو الاصل في إبدال العقود . ولهما أنه لا يستثنى العبد من الدنانير ،

وقت ملك المولى فصار كما إذا كاتبه على عين من أعيان مال المولى وإنه لا يجوز ، فكذا هذا .

(قال) أي في الجامع الصغير (وإن كاتبه على مائة دينار على أن يرد المولى إليه عبداً بغير عينه فالكتابة فاسدة عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله)قيد بقوله على عبد بغير عينه ، لأنه لو كان العبد معيناً يجوز بالاتفاق لجواز بيع المعين بالاتفاق ، فكذا استثناؤه عند الثلاثة لا يجوز في العين وغيره لأنه شرط فاسد وصفقة في صفقة .

(وقال أبو يوسف هي جائزة ويقسم المائة الدينار على قيمة المكاتب وعلى قيمة عبد وسط فتبطل منها حصة العبد ويكون مكاتباً بما بقي) حتى إذا كان بدل الكتابة مائة وقيمة العبد خمسين يجب على المكاتب إذاً خمسين ويسقط خمسون في مقابلة العبد (لأن العبد المطلق يصلح بدل الكتابة وينصرف إلى الوسط) وهذا بالاتفاق بكل ما يصلح بدلاً (فكذا يصلح مستثنى منه) أي حال كونه مستثنى منه ، فهذا استثناء من حيث المعنى هو الأصل أي كون كل ما صلح بدلا صلحاً مستثنى من البدل (وهو الأصل في ابدال العقود) بفتح الهمزة جمع بدل .

الحاصل أن الأصل أن كل ما يصلح إيراد العقد عليه بانفراده يصح استثناءه من العقد والعبد المطلق يصح إيراد العقد عليه ابتداء ها هنا ، فكذا استثناؤه من العقد .

(ولهما) أي ولابي حنيفة ومحمد رحمهما الله (أنه لا يستثنى العبد من الدنانير) هذا

وإنما يستثنى قيمته والقيمة لا تصلح بدلاً فكذلك مستثنى . قال وإذا كاتبه على حيوان غير موصوف فالكتابة جائزة استحساناً ، ومعناه أن يبين الجنس ولا يبين النوع والصفة وينصرف إلى الوسط ويجبر على قبول القيمة وقد مر في النكاح. أما إذا لم يبين الجنس مثل أن يقول دابة لا يجوز ، لأنه يشتمل أجناساً مختلفة فتتفاحش الجهالة .

قول بالموجب ، يعني سلمنا هذا الاصل ، ولئن إنما يكون(١) فيما يصلح الاستثناء ، وهاهنا ليس كذلك ، لانه لا يستثنى العبد من الدينار لاختلاف الجنس (وإنما يستثنى قيمته) يعني إنما يصح استثناء العبد من الدينار بحسب قيمته لا بحسب نفس العبد (والقيمة لا تصلح بدلا) لتفاحش الجهالة من حيث الجنس والقدر والوصف (فكذلك مستثنى) أي فكذلك لا يصلح حال كونه مستثنى .

(قال) أي القدوري (وإذا كاتبه على حيوان غير موصوف فالكتابة جائزة استحساناً ، ومعناه) أي معنى قول القدوري جائزة (أن يبين الجنس) كالعبد والفرس (ولا يبين النوع) انه تركي أو هندي (والصفة) انه جيد أو رديء (وينصرف إلى الوسط) فيجوز العقد ، وبه قال مالك ، وإنما ينصرف إلى الوسط كما في الزكاة والدية نظراً إلى الجانبين ، ثم الوسط عند أبي حنيفة في العبد الذي قيمته أربعون درهماً ، وعندهما على قدر غلاء السعر ورخصه ولا ينظر في قيمة الوسط إلى قيمة المكاتب ، لان عقد الكتابة عقد إرفاق ، فالظاهر أن يكون البدل على أقل من قيمة المكاتب (ويجبر على قبول القيمة) أي يجبر المولى لانها أصل من حيث أن المسمى يعرف بها فيجبر على القبول (وقد مر في النكاح) أي في باب المهر ، فانه إذا تزوجها على حيوان وبين جنسه ولم يبين نوعه وصفته فانه يجوز وينصرف إلى الوسط .

(أما إذا لم يبين الجنس مثل أن يقول دابة لا يجوز لانه يشتمل) أي لان قوله دابة يشتمل (أجناساً مختلفة) مما يدب على وجه الارض (فتتفاحش الجهالة) فيفضي الى المنازعة فلا

---

(١) هكذا الجملة في الاصل .

وإذا بين الجنس كالعبد والوصيف فالجهالة يسيرة ومثلها يتحمل في الكتابة فيعتبر جهالة البدل بجهالة الاجل فيه .

يجوز (واذا بين الجنس كالعبد والوصيف) بفتح الواو وكسر الصاد على وزن فعيل اسم للغلام ، والجمع وصفاء ، والجارية وصيفه وجمعها وصائف، هذا الذى ذكره الفقهاء.وذكر في العباب الوصيف الخادم غلاماً كان أو جارية ، يقال وصف الغلام بالضم اذا بلغ الخدمة، والجمع وصفاء . وقال ثعلب ربما قالوا للجارية وصيفة والجمع وصائف انتهى . فعلى هذا الفرق الذى ذكره الفقهاء بين الوصيف الذكر والوصيفة للأنثى يكون على هذه الرواية .

فان قلت ان العبد اذا كان يطلق على الذكر والانثى فلا يكون في عطف الوصيف عليه زيادة فائدة بل في المعنى يكون عطف الشيء على مثله . قلت العبد في المعرف لا يطلق إلا على الذكر من الارقاء بدليل انهم يستعملون في المقابلة الجارية أو الامة فالوصيف أعم فيكون من عطف العام على الخاص . وان كان اطلاقه عليهما جميعاً كالوصيف يكون العطف أيضاً صحيحاً مفيداً لفائدة ، وهي أن الوصيف اسم لمن يوصف بالخدمة بأن كان قادراً عليها والعبد أعم من أن يبلغ الخدمة أولى ، فعلى هذا يكون عطف الخاص على العام .

(فالجهالة يسيرة) لأنها ترجع إلى الوصف دون الذات (ومثلها يتحمل في الكتابة) لأنها تشبه البيع من حيث أنها معاوضة ، ألا ترى أنها تقال وتفسخ هو لشبهة النكاح أيضاً من حيث أنها معاوضة مال بما ليس بمال ، فإذا كانت الجهالة في أصلها منع الجواز لشبه البيع ، وإذا كانت في الوصف لا يمنع لشبه النكاح (فيعتبر جهالة البدل بجهالة الأجل فيه) أي في عقد الكتابة كما لو قال كاتبتك إلى الحصاد والدياس أو العطاء صحت الكتابة ،لأن مبناها على المسامحة .

فإن قلت كيف جعل المصنف ها هنا العبد جنساً واحداً وجعل في الوكالة أجناساً مختلفة حتى لم يجوز الوكالة بشرى العبد مطلقاً. قلت اللفظ إن شمل أجناساً عالية كالدابة مثلا ، أو متوسطة كالمركوب منع الجواز مطلقاً في الكتابة والوكالة والنكاح والبيع وغيرها، وإن شمل أجناساً سافلة كالعبد منعه فيما يبتنى على المماكسة كالبيع والوكالة لا فيما

وقال الشافعي لا يجوز وهو القياس لانه معاوضة فأشبه البيع . ولنا أنه معاوضة مال بغير مال أو بمال لكن على وجه يسقط الملك فيه فأشبه النكاح ، والجامع أنه يبتنى على المسامحة بخلاف البيع لان مبناه على المماكسة . قال وإذا كاتب النصراني عبده على خمر فهو جائز ، معناه إذا كان مقداراً معلوماً والعبد كافر

بني على المسامحة كالكتابة والنكاح .

(وقال الشافعي « رح » لا يجوز ، وهو القياس) وبه قال أحمد « رح » ومذهبيهما هو القياس (لأنه معاوضة) أي لأن عقد الكتابة عقد معاوضة مال بمال (فأشبه البيع) في أن تسمية البدل شرط فيها كما هي شرط فيه ، والبيع مع البدل المجهول والأجل المجهول لا يجوز ، فكذا الكتابة.

(ولنا أنه) أي عقد الكتابة (معاوضة مال بغير مال) أي في الابتداء ، لأن البدل في الابتداء مقابل بفك الحجر وهو ليس بمال (أو بمال) أي في معاوضة مال في الانتهاء، لأنه يقابل الرقبة (لكن على وجه يسقط الملك فيه) لأن العبد لا يتملك مالية نفسه، بل يسقط ملك المولى (فأشبه النكاح) لأن منافع البضع مال عند الدخول،فيكون معاوضة مال بمال ، ألا ترى أن الشرع جعلها كالأعيان لكن على وجه يسقط الملك للزوج ، ولهذا لا يقدر على تمليكها (والجامع) أي المعنى الجامع في كون الكتابة كالنكاح (أنه يبتنى على المسامحة) أي أن عقد الكتابة يبتنى على المسامحة كالنكاح ، وهذا المقدار كان في إلحاقها بالنكاح (بخلاف البيع لأن مبناه على المماكسة) هذا جواب عن قول الشافعي ، فأشبه البيع أشار بأن قياسه الكتابة على البيع باطل الوجود ، قال الفارق وهو ابتناء البيع على المماكسة والمضايقة ، وابتناء الكتابة على المسامحة والمساهلة .

(قال) أي في الجامع الصغير (وإذا كاتب النصراني عبده على خمر فهو جائز، معناه إذا كان مقداراً معلوماً والعبد كافر) أي معنى الذي في الجامع الصغير إذا كان الخمر مقداراً معلوماً ، وأن يكون العبد أيضاً نصرانياً . ولو أتى بعبارة محمد كما هي لما كان

لانها مال في حقهم بمنزلة الخل في حقنا وأيهما أسلم فللمولى قيمة الخمر، لان المسلم ممنوع عن تمليك الخمر وتملكها . وفي التسليم ذلك إذ الخمر غير متعين فيعجز عن تسليم البدل ، فيجب عليه قيمته[1] وهذا بخلاف ما إذا تبايع الذميان خمراً ثم أسلم أحدهما حيث يفسد البيع على ما قاله البعض ،

يحتاج إلى هذا التفسير فإنه قال محمد عن يعقوب عن أبي حنيفة في رجل نصراني كاتب عبداً له نصرانياً على أرطال خمر قال المكاتبة جائزه ولما لم يأت بهذه العبارة ، أشار بهذا إلى أنه لا بد من قيدين في جواز هذه الكتابة ، الأول أن يكون الخمر مقداراً معلوماً ، لأن الجهالة مانعة ، والثاني أن يكون العبد كافراً إلا إذا كان مسلماً لا يجوز. ولكن مع هذا إذا أدى الخمر يعتق لتضمن الكتابة تعليق العتق بأداء البدل المذكور ، وصار كما لو كاتب المسلم عبد المسلم على خمر فأدى المكاتب الخمر فانه يعتق ، كذا ذكره بعض المشايخ كالقاضي ظهير الدين والرازي ونجم الدين الافطي الرجي والنيسابوري في شرح الجامع الصغير . وفي شرح الطحاوي والتمرتاشي لو أدى الخمر لا يعتق . ولو أدى القيمة يعتق .

(لأنها مال في حقهم بمنزلة الخل في حقنا ، وأيها أسلم) أي من المولى والعبد (فللمولى قيمة الخمر) وعند الشافعي ومالك وأحمد « رح » في رواية ومحمد « رح » في رواية عنه تفسد الكتابة ، لأنه لا يمكنه تسليم البدل فصار كأنه عجز نفسه (لأن المسلم ممنوع عن تمليك الخمر وتملكها، وفي التسلم ذلك) أي التمليك والتملك باعتبار كل واحد(إذ الخمر غير متعين فيعجز عن تسليم البدل فيجب عليه قيمته) أشار بإذا التعليلية أن الخمر في المسألة المذكورة غير معينة فالملك يثبت فيها بمجرد عقد الكتابة .

(وهذا) أي الذي ذكرناه (بخلاف ما إذا تبايع الذميان خمراً ثم أسلم أحدهما حيث يفسد البيع على ما قاله البعض) لأن العجز كما وقع عن تسليم المسمى لا تصلح عوضاً في البيع بحال ففسد . قيد بقوله على ما قاله البعض لأنه ذكر بعض المشايخ ينبغي أن يكون

---

(١) قيمتها – هامش .

لان القيمة تصلح بدلاً في الكتابة في الجملة فإنه لو كاتب على وصيف وأتى بالقيمة يجبر على القبول فجاز أن يبقى العقد على القيمة ، أما البيع لا ينعقد صحيحاً على القيمة فافترقا . قال وإذا قبضها عتق لان في الكتابة معنى المعاوضة ، فإذا وصل أحد العوضين إلى المولى سلم العوض الآخر للعبد وذلك بالعتق ، بخلاف ما إذا كان العبد مسلماً حيث لم يجز الكتابة ، لان المسلم ليس من أهل التزام الخمر ، ولو أداها عتق وقد بيناه من قبل والله أعلم .

الجواب في البيع كالجواب في الكتابة والرواية في الكتابة رواية في المبيع (لأن القيمة تصلح بدلاً في الكتابة في الجملة) أي لأن قيمة الخمر تصلح بدلاً في عقد الكتابة ، وأظهر ذلك بقوله (فانه لو كاتب على وصيف) أي عبد للخدمة (وأتى بالقيمة يجبر على القبول، فجاز أن يبقى العقد على القيمة) لأن البقاء أسهل من الابتداء (أما البيع لا ينعقد صحيحاً على القيمة فافترقا) أي البيع والكتابة .

(قال وإذا قبضها عتق) أي إذا قبض المولى قيمة الخمر، وهذا لفظ الصدر الشهيد في الجامع الصغير ، أما لفظ محمد « رح » وإذا أداها عتق ، وقد ذكر فيما مضى (لأن في الكتابة معنى المعاوضة ، فإذا وصل أحد العوضين إلى المولى سلم العوض الآخر للعبد وذلك بالعتق ، بخلاف ما إذا كان العبد مسلماً حيث لم تجز الكتابة ، لأن المسلم ليس من أهل التزام الخمر) لكونها غير مال متقوم في حقه فلا يصح (ولو أداها عتق) أي ولو أدى الخمر عتق ، أراد أن العبد المسلم إذا أدى الخمر عتق أيضاً لوجود معنى التعليق كما ذكرناه مستقصى مع الخلاف (وقد بيناه من قبل والله أعلم) أشار به إلى ما ذكره في أول الفصل بقوله فان أدى الخمر عتق .

وقال زفر « رح » لا يعتق . وفي شرح الكافي ذمي ابتاع عبداً مسلماً فكاتبه قال هو جائز ولا يرد لأن تخليصه بازالة ملكه عن المسلم وبالكتابة يحصل هذا المعنى ، وإن كاتبه على خمر أو خنزير لم يجز ، فان أدى الخمر عتق وعليه قيمته كما في البيع الفاسد .

باب ما يجوز للمكاتب أن يفعله

قال ويجوز للمكاتب البيع والشراء والسفر لأن موجب الكتابة أن يصير حراً يداً ، وذلك بمالكية التصرف مستبداً به تصرفاً يوصله إلى مقصوده وهو نيل الحرية بأداء البدل والبيع والشراء من هذا القبيل ، وكذا السفر ، لأن التجارة ربما لا تتفق في الحضر فيحتاج إلى المسافرة ويملك البيع بالمحاباة ،

(باب ما يجوز للمكاتب ان يفعله)

لما بين أحكام الكتابة بنوعها شرع في بيان ما يجوز للمكاتب أن يفعله وما لا يجوز، فان جواز التصرف يبتنى على العقد الصحيح .

(قال) أي القدوري (ويجوز للمكاتب البيع والشراء والسفر)خلافاً لمالك والشافعي « رح » في قول (لأن موجب الكتابة أن يصير حراً يداً ، وذلك بمالكية التصرف مستبداً به) أي حال كونه مستقلا بالتصرف (تصرفاً يوصله إلى مقصوده وهو نيل الحرية بأداء البدل) أي بدل الكتابة ، وانتصاب تصرفاً (والبيع والشراء من هذاالقبيل) أي من قبيل التصرف الذى يوصل المتعاقدين إلى مقصودهما، لأن مقصود البائع الوصول إلى الثمن ومقصود المشتري الوصول إلى العين وذا لا يحصل إلا بالبيع والشراء ، وكذلك ها هنا مقصد السيد الوصول إلى بدل الكتابة ، ومقصود العبد منه الحرية وذا يحصل بالبيع والشراء .

(وكذا السفر ، لأن التجارة ربما لا تتفق في الحضر ، فيحتاج إلى المسافرة) فان قلت فيه غرور وخطر . قلت يبطل بالرهن والوديعة ، فان فيها ذلك ويصحان من المكاتب (ويملك البيع بالمحاباة) وهي بيع شيء يساوي مائة بتسعين مثلا وهو على وزن

لأنه من صنيع التجار ، فإن التاجر قد يحابي في صفقة ليربح في أخرى .
قال فإن شرط عليه أن لا يخرج من الكوفة فله أن يخرج استحسانا ،
لأن هذا الشرط مخالف لمقتضى العقد وهو مالكية اليد على جهة
الاستبداد وثبوت الاختصاص فبطل الشرط وصح العقد ، لأنه
شرط لم يتمكن في صلب العقد

مفاعلة من حابى يحابي وثلاثية حتى يقال حباه حبوه أى اعطاه والحباء العطاء وحاباه في البيع محاباة . وقال الثلاثة لا يملك البيع بالمحاباة لأنه تبرع كالهبة والعتق .

ولنا ما قاله بقوله (لأنه) أى لأن البيع بالمحاباة (من صنيع التجار ، فان التاجر قد يحابي في صفقة واحدة) استحلالاً [1] بقلوب الناس إليه (ليربح في أخرى) أى في صفة أخرى ، وهذا كما ترى لم يذكر فيه الخلاف . وقال في شرح الطحاوى ولا يجوز للمكاتب البيع إلا على المعروف في قولهما ، ويجوز في قول أبي حنيفة يجوز بيع المكاتب بالقليل والكثير . وقالا بما يتغابن في مثله .

(قال) أي في الجامع الصغير (فان شرط عليه) أي فان شرط المولى على المكاتب (أن لا يخرج من الكوفة) هذا ليس بقيد ، بل الحكم في غير الكوفة كذلك، وتخصيصها بالذكر باعتبار وضع المسألة فيها (فله ان يخرج استحساناً) وبه قال الشافعي . وفي قول لا يجوز له الخروج بدون الشرط ، فبالشرط أولى وهو القياس .

وأشار إلى وجه الإستحسان بقوله (لأن هذا الشرط مخالف لمقتضى العقد وهو مالكية اليد على جهة الإستبداد) أي الإستقلال ، يقال فلان استبد برأيه أي انفرد (وثبوت الاختصاص بنفسه) أي اختصاص العمل في الكوفة (فبطل الشرط) أي شرط المولى عدم خروجه من الكوفة (وصح العقد) أي عقد الكتابة ، وهذا في نفس الأمر جواب عما قيل هذا الشرط يقتضي بطلان العقد كما في البيع ، فقال وصح العقد (لأنه شرط) أي لأن هذا الشرط الذي شرطه المولى شرطاً (لم يتمكن في صلب العقد) لأن الداخل في

---

(١) ربما أراد استجلاباً لقلوب الناس ، اه مصححه .

وبمثله لا تفسد الكتابة لأن الكتابة تشبه البيع وتشبه النكاح فألحقناها بالبيع في شرط تمكن في صلب العقد كما إذا شرط خدمة مجهولة ، لأنه في البدل وبالنكاح في شرط لم يتمكن في صلبه هـــذا هو الأصل ، أو نقول إن الكتابة في جانب العبد اعتاق ، لأنه اسقاط الملك ، وهذا الشرط يخص العبد

صلب العقد ما يكون في البدلين وهنا ليس كذلك ، لأنه شرط في بدل الكتابـة ولا فيما يقابله (وبمثله) أي بمثل هذا الشرط (لا تفسد الكتابة) وإنما تفسد إذا تمكن من الشرط في صلب العقد نحوما إذا قال كاتبتك على أن تخدمني مدة أو زماناً ، أو كاتب جارية على ألف بشرط أن يطأها ما دامت مكاتبة ونحو ذلك .

(وهذا) أي هذا التفصيل بين كون الشرط المتمكن في صلب العقد مفسداً وبـين كون الشرط الغير المتمكن غـير مفسد (لأن الكتابة تشبه البيع) من حيث انها تحمل الفسخ في الابتداء (وتشبه النكاح) أي وشبه النكاح من حيث أنهـا لا تحتمل الفسخ في الابتدائية هبة والنكاح بعد تمام المعقود بالأداء . قال تاج الشريعة تشبه البيع من حيث أنها معاوضة ولا تصح بدون البدل ، ويحتمل الفسخ قبل الأداء ، ويشبه النكاح من حيث أنها معاوضة مال بغير مال (فألحقناها بالبيع في شرط تمكنه في صلب العقـد كما إذا شرط خدمة مجهولة) بأن قال كاتبتك على أن تخدمني مدة كما ذكرنا عن قريب (لأنه في البدل) أي لأن الشرط في البدل فيكون في صلب العقد (وبالنكاح) أي ألحقناه بالنكـاح (في شرط لم يتمكن في صلبه) أي في صلب العقد فيصح العقد ويبطل الشرط (وهذا هـو الأصل) أي العمل بالشبهين عند دلالة الدليلين المتقابلين هو الأصل .

(أو نقول إن الكتابة في جانب العبد اعتاق) لأن الاعتاق إزالة الملك لا إلى أحـد والكتابة كذلك ، لأنه لا يحصل للمكاتب شيء ، وإنما يسقط عنه ملك مولاه (لأنـه إسقاط الملك) أي لأن عقد الكتابة إسقاط الملك وفك الحجر وإطلاق اليد بمنزلة الإعتاق.

(وهذا الشرط يخص العبد) أي شرط عدم الخروج يحتمل العبد ، أي يتعلق بـه

فاعتبر إعتاقاً في حق هـــذا الشرط ، والاعتاق لا يبطل بالشروط الفاسدة . قال ولا يتزوج إلا بإذن المولى لأن الكتابة فك الحجر مع قيام الملك ضرورة التوسل إلى المقصود والتزوج ليس وسيلة إليـــه . ويجوز بإذن المولى ، لأن الملك له ولا يهب ولا يتصدق إلا بالشيء اليسير ، لأن الهبة والصدقـــة تبرع وهو غير مالك ليملكه، إلا أن الشيء اليسير من ضرورات التجارة ، لأنه لا يجد بـدأ من ضيافة

(فاعتبر) أي عقد الكتابة (إعتاقاً في حق هذا الشرط) أي شرط عـــدم الخروج (والإعتاق لا يبطل بالشروط الفاسدة) كما لو أعتق عبداً على أنه نائبه فان الشرط باطل والإعتاق صحيح لقوله عليه السلام الولاء لمن أعتق فدل الحديث على أن الشرط الفاسد لا يبطل الإعتاق .

(قال) أي القدوري (ولا يتزوج إلا بإذن المولى) وبه قالت الثلاثة . وقال ابن أبي ليلى « رح » إن شرط عليه أن لا يتزوج إلا بإذنه لم يتزوج بغير إذنه وإن لم يشترط ذلك جاز له التزوج بغير إذنه ليملكه منافع نفسه (لأن الكتابة فك الحجر مـــع قيام الملك ضرورة التوسل إلى المقصود) أي لأجل ضرورة التوسل إلى المقصود فمقصود المولى البدل، وذلك بقيام الملك ، ومقصود المكاتب تحصيل الكسب للايفاء (والتزوج ليس وسيلة إليه) أي إلى المقصود ، لأن التزوج ليس من اكتساب المال ، بل فيه التزام المهر والنفقة وأعاد تاج الشريعة « رح » الضمير في اليد إلى الاكتساب وليس بظاهر .

(ويجوز) أي التزوج (باذن المولى ، لأن الملك له) معنى ملك قائم فيه فهو كالقن فلا يجوز له إلا باذن (ولا يهب ولا يتصدق إلا بالشيء اليسير) أي ما دون الدرهم ، لأنه قليل يتوسع فيه الناس قاله تاج الشريعة (لأن الهبة والصدقة تبرع ، وهـــو غير مالك ليملكه) بتشديد اللام (إلا أن الشيء اليسير من ضرورات التجارة ، لأنه لا يجد بداً) أي مفارقة (من ضيافة) وفي بعض النسخ من إضافة فالأول من ضاف والثاني من أضاف

وإعارة ليجتمع عليه المجاهزون ومن ملك شيئاً يملك ما هو من ضروراته وتوابعه ولا يتكفل لانه تبرع محض فليس من ضرورات التجارة والاكتساب ولا يملكه بنوعيه نفساً ومالاً لأن كل ذلك تبرع

(وإعارة) شيء مثل الدار أو الثياب استجلاء لقلوبهم (ليجتمع عليه المجاهزون) أي على المكاتب وهو جمع مجاهز وهو عند العامة الغني من التجار ، وكأنه أريد بـــه المجهز وهو الذي يبعث التجارة بالجهالة وهو فاخر المتاع ويسافر به ، كذا قال في المغرب أراد إطلاق المجاهز على الغني لغة العامة والعرب لم تتكلم به ، والمستعمل في اللغة المجهز ولكنه أعم من أن يكون في بعث التجارة بالجهاز وغيره ، يقال جهز بعثه وجهز الجيش وجهز الغازي والميت وغير ذلك وتجهز السفرة إذا استعد والجهاز بفتح الجيم وكسرهـــا جهاز العريس .

(ومن ملك شيئاً يملك ما هو من ضروراته وتوابعه) فالمكاتب يملك التجارة فيملك ما هو من ضرورات التجارة كالضيافة والإعارة والشيء اليسير من الهبة أو الصدقـــة (ولا يتكفل) سواء كان بأمر المكفول عنه أو بغير أمره وسواء كان باذن مولاه أو بغير إذنه وحكم كفالته في المال ككفالة المحجور عليه يصح في حقه بعد العتق لا في الحال (لأنه تبرع محض) أي لأن التكفل تبرع خالص (وليس من ضرورات التجـــارة والاكتساب فلا يملكه بنوعيه) أي لا يملك التكفل بنوعيه وهما التكفل بالنفس والتكفل بالمال وفسرهما بقوله (نفساً ومالا) وانتصابهما تقديراً عيني (لأن كل ذلك تبرع) أى لان كل التكفيل تبرع ، يعني سواء كان بالنفس أو بالمال أو بأمر المكفول عنه أو بغير أمره. أما بغير الامر فظاهر ، وكذا بالامر لان الكفيل عند الاداء كالقرض للمكفول عنـــه والإقراض تبرع ، لانه إعارة ، وكذا الكفالة بالنفس تبرع محض .

فان قلت بدل الكتابة مال في ذمته وتسليم النفس لا ينافي ذلك. قلت ربمايعجز عن ذلك فيحبس عليه فيمتنع من الكسب فيتضرر . وفي الكافي للحاكم ولايجوز كفالة المكاتب بالمال ولا بالبدل باذن المولى وبانفراده ، وكـذلك قبول الحوالة ، فان تكفل

ولا يقرض لأنه تبرع ليس من توابع الاكتساب، فإن وهب على عوض لم يصح، لأنه تبرع ابتداء. فان زوج أمته جاز لأنه اكتساب للمال فانه يتملك به المهر فدخل[1] تحت العقد. قال وكذلك إن كاتب عبده

باذن سيده ثم عجز لم يلزمه تلك الكفالة، لان ضمانه كان باطلا وإن أذن فعتق لزمه الكفالة، لانه كفل وهو بمنزلة العبد، ولو أن عبداً محجوراً كفل بكفالته ثم عتق لزمته الكفالة. ولو كان المكاتب صغيراً حين كفل لم يؤخذ بها وإن عتق لزمته الكفالة.

(ولا يقرض لانه تبرع ليس من توابع الإكتساب) حتى لو أقرض لا يطلب للمستقرض أكله، إلا أن يكون مضموناً عليه حتى لو تصرف فيه يجوز (فان وهب على عوض لم يصح، لانه تبرع ابتداء) والتبرع غير داخل في عقد الكتابة (فان زوج أمته جاز لانه اكتساب للمال فانه يتملك به المهر، فدخل تحت العقد) أي عقد الكتابة، وكذا له أن يوكل بتزويجها، بخلاف ما لو زوجت المكاتبة نفسها حيث لا يجوز.

فان قلت فعلى التعليل المذكورة ينبغي أن يجوز. قلت لان رقبتها باقية على ملك المولى فيمتنع ذلك ثبوت ولاية الإستبداد بها بالتزويج. ولانه عيب، فربما يعجز، فينبغي هذا العيب من ملك المولى.

فان قلت فعلى هذا ينبغي أن يملك المكاتب تزويجها ابنته ومع هذا لا يجوز. قلت نعم لكن ابنته مملوكة لمولاه وأمته لا حتى ينفذ عتق المولى في ابنته دون أمته. ولو عجز وحاضت ابنته حيضة لا يجب على المولى أسيراً جديداً فيها ويلزمه ذلك في أمته ومكاتبته. ولو زوج المكاتب أمته عن عبد فعن أبي يوسف أنه يجوز، وفي ظاهر الرواية لا يجوز.

(قال وكذلك إن كاتب عبده) أي يجوز، وبه قال مالك والقاضي الحنبلي وأهل

---

(١) فيدخل – هامش.

والقياس أن لا يجوز وهو قول زفر والشافعي « رح » ، لأن ماله العتق والمكاتب ليس من أهله كالإعتاق على مال . وجه الاستحسان أنه عقد اكتساب للمال فيملكه كتزويج الأمة وكالبيع ، وقد يكون هو أنفع له من البيع لأنه لا يزيل الملك إلا بعد وصول البدل إليه والبيع يزيله قبله ، ولهذا يملكه الأب والوصي ثم هو يوجب للمملوك مثل ما هو ثابت له ، بخلاف الإعتاق على مال لانه يوجب فوق ما هو ثابت له .

الظاهر (والقياس أن لا يجوز ، وهو قول زفر والشافعي « رح ») وقول أحمد « رح » (لان ماله العتق) أى مال عقد الكتابة العتق (والمكاتب ليس من أهله) أى من أهل العتق (كالإعتاق على مال) أى إذا قال المكاتب لعبده أدي إلي ألفاً وأنت حر لا يجوز هذا التعليق فكذا لا يجوز له أن يكاتب عبده لان الكتابة بالمال كالتعليق .

(وجه الإستحسان أنه عقد اكتساب للمال فيملكه كتزويج الامة و كالبيع) أي كما يملك تزويج أمته والبيع والشراء ، لانه عقد اكتساب للمال (وقد يكون هو) أى عقد الكتاب (أنفع له من البيع ، لانه) أى لان عقد الكتابة (لا يزيل الملك) أى ملك المولى عن العبد المكاتب (إلا بعد وصول البدل إليه والبيع يزيله قبله) أى البيع يزيل الملك قبل وصول البدل وهو الثمن إليه ، فلما ملك البيع فالكتابة أولى (ولهذا يملكه الابوالوصي) أى ولاجل أن الكتابة لا تزيل الملك قبل وصول البدل إليه يملك الاب الصغير أو وصيته أن يكاتب عبده الصغير .

(ثم هو يوجب للمملوك مثل ما هو ثابت له) أي ثم المكاتب الأول يثبت للمملوك ،أي للمكاتب أراد أنه يثبت بالكتابة مالكية التصرف للشافعي والأصل أن من ملك شيئاً يملك تمليكه إلى غيره كالمعير يعير ، والمستأجر يستأجر ، بخلاف المودع ، لأن المالك لم يرض بدفعه إلى غيره .

(بخلاف الإعتاق على مال لأنه) أي لأن الإعتاق على مال (يوجب فوق ما هو

قال فان أدى الثاني قبل أن يعتق الأول فولاؤه للمولى ، لأن له فيه نوع ملك ويصح إضافة الإعتاق اليه في الجملة فاذا تعذر إضافته إلى مباشر العقد لعدم الأهلية أضيف إليه كما في العبد إذا اشترى شيئاً يثبت الملك للمولى . قال فلو أدى الأول بعد ذلك وعتق

ثابت له) أي يثبت للمكاتب فوق ما هو ثابت له ، تحريره أن الإعتاق على مال فوق الكتابة ، لأنه إزالة الملك في الحال على وجه لا يرد له ، وهذا غير ثابت للمكاتب،ففي تجويزه إثبات أمر للمكاتب فوق ما هو ثابت له ، وذلك لا يجوز .

(قال فإن أدى الثاني) أي مكاتب المكاتب ، أي أدى بدل كتابته (قبل أن يعتق الأول) أراد قبل أداء الأول بدل الكتابة لأنه لا يعتق إلا بالأداء (فولاؤه للمولى) أي ولاء مكاتب المكاتب يكون للمولى يعني يعتق لتحقق الشرط،ويكون ولاؤه للمولى (لأن له فيه نوع ملك) أي لأن للمولى في المكاتب الثاني نوع ملك ، لأن الثاني مكاتب للمولى بواسطة الأولى فكان كتابه للمولى للأول بمنزلة علة ، ولهذا لو عجز الأول كان الثاني ملكاً للمولى كالأول (ويصح إضافة الإعتاق إليه) أي إلى المولى (في الجملة) يقال مولى زيد ومعتق معتقه ، ولهذا يدخل في الاستئمان على مولاه . ولو أوصى لمولى فلان وليس له معتق في الاحياء وله معتق يستحق هو الوصية (فإذا تعذر إضافته) أي إضافة عتق الثاني (إلى مباشر العقد) وهو المكاتب الأول الذي هو العلة (لعدم الأهلية) أي لعدم أهلية مباشرة العقد لكونه رقيقاً (أضيف إليه) أي أضيف العقد إلى المولى الذي هو العلة ، لأن الحكم كما يضاف إلى العلة يضاف إلى علة العلة عند تعذر الإضافة إلى العلة (كما في العبد إذا اشترى شيئاً يثبت الملك للمولى) فانه يثبت الملك للمولى لتعذر اثباته للعبد لعدم الأهلية .

(فلو [1] أدى الأول) أي المكاتب الأول (بعد ذلك) أي بعد أداء الثاني بدل الكتابة وعتقه ، و كون ولايته للمولى (وعتق) أي الأول لأداء بدل الكتابة (لا ينتقل

---

(١) قال فلو أدى — هامش .

لا ينتقل الولاء إليه لان المولى جعل معتقاً ، والولاء لا ينتقل من المعتق وإن أدى الثاني بعـــد عتق الاول فولاؤه له ، لأن العاقد من أهل ثبوت الولاء وهو الاصل فيثبت له ، قال وإن أعتق عبده على مال أو باعه من نفسه أو زوج عبده لم يجز ، لان هـــذه الاشياء ليست من الكسب ولا من توابعه ، أما الاول فلأنه إسقاط الملك عن رقبته وإثبات الدين في ذمـــة المفلس فأشبه الزوال بغير عوض ، وكذا الثاني

الولاء إليه) أي إلى المكاتب الأول (لأن المولى جعل معتقاً والولاء لا ينتقل عـــن[1] المعتق) لأن المولى معتق مباشرة من وجه ، بخلاف جر الولاء ، فان ثمة مولى الجارية ليس بمعتق للولد مباشرة ولكن تسبيباً باعتبـــار اعتاق الأم ، والأصل أن الحكم لا يضاف إلى السبب إلا عند تعذر الإضافة إلى العلة ، والتعذر عند عدم عتق الأب ، فاذا أعتق زالت الضرورة فينتقل الولاء إلى قوم الأب .

(وإن أدى الثاني بعد عتق الأول) أي إن أدى المكاتب الثاني بدل المكاتبة بعـد عتق المكاتب الأول بأداء بدل الكتابة (فولاؤه له) أي ولا الثاني للأول (لأن العاقد من أهـــل ثبوت الولاء وهو الأصل) لانه مباشر للعتق (فيثبت له) أي للعاقد وهو المكاتب الاول .

(قال) أي في الجامع الصغير (وإن أعتق عبده على مـــال) أي إن أعتق المكاتب عبداً على مال (أو باعه من نفسه) أي أو باع المكاتب نفس العبد من العبـــد (أو زوج عبده لم يجز ، لان هذه الاشياء ليست من الكسب ولا من توابعه) أراد من توابع الكسب ضروراته مثل إضافة من يعامل معه ، والإعارة له والإهداء إليه بشيء يسير .

(أما الاول) أي إعتاق عبده على مال (فلانه اسقاط الملك عن رقبته واثبات الدين في ذمة المفلس فأشبه الزوال بغير عوض ، وكذا الثاني) وهو بيع عبد على مال فلانـــه

---

(١) من — هامش .

لانـــه إعتاق على مال في الحقيقة ، وأمـا الثالث فلأنه تنقيص للعبد وتعييب له وشغل رقبته بالمهر والنفقــــة ، بخلاف تزويج الأمة لأنـــه اكتساب لاستفادته المهر على ما مر . قال وكذلك الأب والوصي في رقيق الصغير بمنزلة المكاتب لأنهـــما يملكان الاكتساب كالمكاتب ، ولأن في تزويج الأمة والكتابة نظراً له ولا نظر فيما سواهما والولاية نظرية . قال فأما المأذون له فلا يجوز له شيء من ذلك

اسقاط الملك عن رقبته وإثبات الدين في ذمة المفلس ، وكذا الثاني وهو بيع عبد من نفسه (لانه إعتاق على مال في الحقيقة . وأما الثالث) وهو تزويج عبده (فلانه تنقيص للعبد وتعييب له) لان من اشترى عبداً ووجد عيباً يتمكن من الرد بذلك العيب (وشغـــل رقبته بالمهر والنفقة ، بخلاف تزويج الامة ، لانه اكتساب لاستفادته المهر على ما مر) أشار به إلى قوله وإن زوج أمته جاز لانه اكتساب للمال .

(قال وكذلك الاب والوصي في رقيق الصغير بمنزلة المكاتب) في جميع ما ذكر ، أي يجوز له تزويج أمته وكتابة عبده ، وبه قال مالك وأحمد . وعن أحمد يجوز اعتاقها على مال أيضاً . وقال الشافعي لا يملكان كالمكاتب شيئاً من ذلك (لانهما يملكان الاكتساب كالمكاتب ، ولان في تزويج الامة والكتابة نظراً له) أما في تزويج الامة فلما مر آنفاً . وأما في الكتابة فلانه بالعجز يرد رقيقاً ، فربما كان العجز بعدأداءنجوم ، وذلك لا شك في كونه نظراً (ولا نظر فيما سواهما) أي ما سوى تزويج الامـــة والكتابة (والولاية نظرية) هذا الكلام في معرض التعليل ، يعني إنما لا يجوز سواهما ، لان ولايتهما نظرية ولا نظر في غيرهما .

(قال) أي في الجامع الصغير (فأما المأذون له) أي العبد المأذون له في التجارة (فلا يجوز له شيء من ذلك) أي مما ذكر من الاشياء . وفي بعض النسخ فـلا يملك شيئاً من

عند أبي حنيفة ومحمد «رح» وقال أبو يوسف «رح» له أن يزوج أمته، وعلى هـــذا الخلاف المضارب والمفاوض والشريك شركة عنان

ذلك (عند أبي حنيفة ومحمد . وقال أبو يوسف له أن يزوج أمته) أي للمأذون تزويج أمته (وعلى هذا الخلاف) أي الخلاف المذكور (المضارب والمفاوض والشريك شركة عنان) قال السغناقي الاصل في هذا أن كل من كان تصرفه عاماً في التجارة وغيرها يملك تزويج الامة كالاب والوصي والجد والمفاوض والمكاتب والقاضي وأمين القاضي وكل من كان تصرفه خاصاً في التجارة كالمضارب وشريك العنان والمأذون لا يملك تزويج الامة عند أبي حنيفة ومحمد ، كذا ذكره الإمام قاضي خان والمحبوبي .

قلت وعن هذا قال الكاكي قيل لفظ المفاوض هاهنا سهو من المكاتب لما أن المفاوض كالمكاتب . وقال صاحب العناية ذكر في بعض الشروح أن المفاوض يجوز له أن يكاتب عبد الشركة بلا خلاف . واستدل بنقل عن الكرخي وغيره ليس فيـــه ذكر الخلاف . وقال ترك ذكر الخلاف دليل على الإتفاق وفيه ما فيه . قلت أراد ببعض شروح الشراح الاترازي فانه قال في قوله وعلى هذا الخلاف المضارب ... إلى آخره .

ولنا في هذا النقل نظر ، لان المفاوض يجوز له تزويج الامة بالإتفـــاق ولا يجوز ذلك من أحد شريكي العنان عند أبي حنيفة وأبي يوسف « رح » ألا ترى إلى ما نص الكرخي في مختصره في باب المفاوضة ، ويجوز لاحد المفاوضين أن يكاتب عبيد التجارة ويأذن لهم في التجارة ، ولا يجوز أن يعتق شيئاً من رقيق التجارة على مال ، ولا يجوز أن يزوج العبد أيضاً ، ويجوز أن يزوج الامة ، ويجوز أن يدفع المال مضاربة ، إلى هنا لفـــظ الكرخي ذكر تزويج إلا ما المفاوض بلا ذكر الخلاف كما ترى ، وكذلك أثبته القدوري « رح » في شرحـــه .

وفي شرح الكافي ولاحـــد المفاوضين أن يكاتب عبداً من تجارتهما وله أن يأذن له في التجارة وليس له أن يعتق على مال ولا أن يزوج الامة ، وليس لشريك العنان أن يزوج الأمة ولا أن يكاتب ، وكذلك المضارب . وقال الفقيه أبو الليث في شرح الجامـــع الصغير فهؤلاء الأربعة الأصناف لا يجوز عتقهم عن مال ، ويجوز كتابتهم . وفي الإستحسان وفي

قول بشر لا يجوز كتابتهم ، وإن زوج أحد من هؤلاء أمة جاز النكاح بالإتفاق ، انتهى .
وأراد بالأصناف الأربعة الأب والوصي والشريك المفاوض والمكاتب ، ثم قال الفقيه ولو كان عبداً مأذوناً أو شريك عنان أو مضارباً زوج أحد هؤلاء الثلاثة لم يجز في قول أبي حنيفة ومحمد «رح» ويجوز في قول أبي يوسف «رح» ، ولا يجوز كتابة هؤلاء النفر الثلاثة بالإتفاق. ولو زوج أحد من هؤلاء النفر الثلاثة أو من النفر الأربعة التي ذكرنا العبد امرأة لم يجز بالإتفاق .

وفي شرح الطحاوي الأب والوصي والمفاوض لا يملكون العتق على مال ويملكون الكتابة ، وهؤلاء الثلاثة يملكون تزويج الأمة وليس لهم تزويج العبد. وأما الصبي المأذون والعبد المأذون والشريك شركة عنان والمضارب لا يجوز الكتابة ولا تزويج العبد بالإجماع ، وفي تزويج الأمة اختلاف عند أبي حنيفة ومحمد «رح» لا يجوز ، وعند أبي يوسف يجوز ، انتهى . فعلم أن المفاوض لا خلاف فيه في تزويجه الأمة .

(هو قاسه) أي أبو يوسف «رح» قاس المأذون في جواز تزويج الأمة (على المكاتب) حينئذ يجوز له تزويج الأمة (واعتبره بالإجارة) أي اعتبر التزويج بالإجارة . فإن المأذون له يجوز له أن يؤجر عبده وأمته ، فكذلك يجوز له أن يزوج أمته .

فإن قلت لم اختار لفظ القياس في الأول والإعتبار في الثاني . قلت نقل الأترازي عن بعضهم أنه قال استعمل لفظ القياس في المعنيين وهما المأذون والمكاتب ولفظ الإعتبار في الفعلين وهما التزويج والإجارة ، لأن المماثلة بين هذين المعنيين ظاهرة إذ كل منهما قلت الحجر [١] وإطلاق التصرف فاستعمل لفظ القياس كذلك . وأما في هذين الفعلين فالمماثلة بينهما من حيث الفعلية لما أن الإجارة من المعاوضات المالية من الجانبين ، بخلاف التزويج ، فكان استعمال لفظ الإعتبار أليق .

وقال صاحب العناية فيه نظر لأن المراد بالقياس إن كان هو الشرع فذلك لا يكون بين عينين ، وإن كان غير ذلك فلا نسلم أولويته. قلت المراد من القياس معناه اللغوي وهو

(١) هكذا سياق الجملة في الأصل وربما أراد – فك الحجر – اه مصححه .

ولهما أن المأذون له يملك التجارة، وهذا ليس بتجارة ، فأما المكاتب يملك الاكتساب ، وهذا اكتساب . ولأنه مبادلة المال بغير المال فيعتبر بالكتابة دون الإجارة ، إذ هي مبادلة المال بالمال ولهذا لا يملك هؤلاء كلهم تزويج العبد

التقدير ، يقال قاس الطبيب الجراحة إذا قدر بالمسمار غورها والمساواة أيضاً يقاس الفعل بالفعل ،أي ساوى أحدهما بالآخر وجعله على مثاله ،وهذا المعنى ظاهر بين المأذون والمكاتب، لأن بينهما مساواة في فك الحجر وإطلاق التصرف والإعتبار رد الشيء إلى نظيره ، فاستعمال هذا بين التزويج والإجارة ، أو لأن أحدهما نظير للآخر في الفعلية ، لأن كل منهما تصرف مطلقاً ،ودعوى صاحب العناية رحمه الله الترادف بين القياس والإعتبار غير ظاهرة يحتاج إلى برهان .

(ولهما) أي ولأبي حنيفة ومحمد رحمهما الله (أن المأذون له يملك التجارة ، وهذا) أي تزويج الأمة (ليس بتجارة) لأنه ليس مبادلة المال بالمال والتجارة كذلك (فأما المكاتب يملك الإكتساب ، وهذا) أي تزويج الأمة (اكتساب) لانه إسم لما يوصل به إلى المال ، وبالتزويج يصل المولى إلى المهر ، فكان اكتساباً .

(ولانه) أي ولان تزويج الامة ، وهذا دليل آخر (مبادلة المال بغير المال فيعتبر بالكتابة) أراد أن اعتبار التزويج بالكتابة أولى من اعتباره بالإجارة ،لان التزويج مبادلة المال بغير المال ، وكذا الكتابة في الإبتداء مبادلة مال بغير المال (دون الإجارة) يعني لا يعتبر بالإجارة (إذ هي) أي الإجارة (مبادلة المال بالمال) لان المنفعة قائمة مقام العين ، فيكون في حكم المال ، ولهذا يصلح مهراً في النكاح وانتفاء النكاح شرع بالمال (ولهذا) أي ولان التزويج ليس من التجاره (لا يملك هؤلاء كلهم تزويج العبد) أي المكاتب والمأذون والمضارب والمفاوض وشريك العنان ، لان تزويج العبد ليس من التجارة ، لانه ليس مبادلة المال بالمال ولا هو من اكتساب المال .وقال أبو الخطاب الحنبلي يجوز للمكاتب تزويج عبد ، ولنا ما ذكرناه .

فصـــل

قال وإذا اشترى المكاتب أباه وابنه دخل في كتابته

(فصـــل)

أي هذا فصل في بيان من يدخل في الكتابة ، وبين فيما مضى من يدخـــل أصلا ، وها هنا يبين من يدخل تبعاً ، والتبع إلى الاصل .

(قال) أي القدوري (وإذا اشترى المكاتب أباه وإبنه دخل في كتابته) ها هنـــا أمور ، الاول : أنه قدم أباه على ابنه للتعظيم . وأما في ترتيب قـوة الدخول في كتابته فالإبن مقدم على الاب ، سواء كان مولوداً في الكتابة أو مشترى ، والمولود مقـــدم على المشترى ، فان المولود يظهر في حقه جميع أحكام الكتابة بطريق التبعية فان يحرم بيعه حال حياته ويقبل منه بدل الكتابةعلى نجوم الاب والمشترى يحرم بيعه حال الحياةويقبل منه البدل بعد موت الاب حالاً ، ولا يمكن من السعاية على نجوم الا ليظهر نقصان حاله عن المولود في الكتابة في التبعية . وأما الاب فانه يحرم بيعه حالة حياة ابنه المكاتب ولم يقبل منه البدل بعد موته لا حالاً ولا مؤجلا .

الثاني : انهقال دخل في الكتابة ولم يقل صار مكاتباً لكان أصلا ولبقيت كتابته بعد عجز المكاتب الأصلي وليس كذلك، بل إذا عجز المكاتب مع الأب لما أن كتابة الداخل بطريق التبعية لا الأصالة .

الثالث : أن حكم أمه إذا اشتراها مثل أبيه أو ابنه ولم يذكرهـــا اكتفاء بالأب ، ولو ذكرها كان أولى ، وهؤلاء كلهم يدخلون في كتابته تبعاً له ، حتى يردون إلى الرقبعجزه كما نبهنا عليه . وفي الأجناس لو اشترى المكاتب أباه أو جده أو ولده أو أمـــه ليس له بيعهم في قول أبي حنيفة . وقالا ليس له بيع هؤلاء . وفي المجرد قال أبو حنيفة للمكاتب أن يكاتب أبوه وأولاده المشتراة فدلأنهم لم يكاتبوا عليه ،هكذا ذكر صاحبالأجناس.

الرابـع : يحتاج إلى بيان الفرق بين المشتري في الكتابة من الأولاد بين مـــا إذا كاتب عبداً على نفسه ولد الصغير ، فإنه إذا أعتق المشتري لم يسقط من البدل شيء . وإذا أعتق

لأنه من أهل أن يكاتب وإن لم يكن من أهل الاعتاق فيجعل مكاتباً تحقيقاً للصلة بقدر الإمكان ، ألا ترى أن الحر متى كان يملك الإعتاق يعتق عليه ، وإن اشترى ذا رحم محرم منه لأولاد له لم يدخل في كتابته عند أبي حنيفة « رح ». وقالا يدخل اعتباراً بقرابة الولاد إذ وجوب الصلة ينتظمهما ، ولهذا لا يفترقان في الحر في حق الحرية.

الصغير سقط من البدل ما يخصه وهو أن المشتري تبع من كل وجه ولا معتبر به في أمر البدل لتقرره . قبل دخوله في المكاتبة وأما الصغير فقد كان مقصوداً بالعقد من وجه وكان البدل في مقابلته ومقابلة والده ، فلهذا يسقط ما يخصه .

الخامس : أن شراءه ذوي أرحامه يجوز عندنا وعند الثلاثة لا يجوز ، لأنه تصرف تبرع كالإعتاق . وقال القاضي الحنبلي يجوز لأنه تصرف لا ضرر فيه من السيد، أما لو اشترى قريبه بإذن السيد ففي صحته للشافعي قولان . وعن أبي إسحاق المروزي من أصحابه القطع بالصحة ، وعند أحمد يجوز ، ثم على قول الصحة يتكاتب عليه ثم في كل تصرف لا يجوز للمكاتب فإذا فعله بإذن السيد للشافعي فيه قولان في قول يجوز وبه قال مالك وأحمد « رح » .

(لأنه) أي لأن المكاتب (من أهل أن يكاتب) على وزن بناء الفاعل (وإن لم يكن من أهل الإعتاق فيجعل مكاتباً) بكسر التاء (تحقيقاً للصلة بقدر الإمكان ، ألا ترى أن الحر متى كان يملك الإعتاق يعتق عليه) أراد أن الحر إذا ملك لذي رحم محرم يعتق عليه تحقيقاً لصلة الرحم ، فكذا إذا ملك المكاتب قريبه يتكاتب عليه تحقيقاً لصلة الرحم بقدر الإمكان .

(وإن اشترى ذا رحم محرم منه لأولاد له) كالأخ والأخت والعم والعمة (لم يدخل في كتابته عند أبي حنيفة . وقالا يدخل اعتباراً بقرابة الولادة إذ وجوب الصلة ينتظمهما) أي ينتظم قرابة الولادة وذا الرحم المحرم غير الولادة (ولهذا) أي ولأجل أن وجوب الصلة ينتظم القبلين (لا يفترقان في الحر في حق الحرية) أي إذا اشترى الحر أباه يعتق عليه فكذا إذا اشترى أخاه .

وله أن للمكاتب كسباً لا ملكاً غير أن الكسب يكفي للصلة في الولاد ، حتى أن القادر على الكسب يخاطب بنفقـــة الوالد والولد ، ولا يكفي في غيرهما حتى لا يجب نفقة الأخ إلا على الموسر. ولأن هذه قرابة توسطت بين بني الأعمام وقرابة الولاد فألحقناها بالثاني في العتق ، وبالأول في الكتابة

(وله) أي ولأبي حنيفة « رح » (أن للمكاتب كسباً لا ملكاً) لوجود ما ينافيه وهو الرق ، ولهذا لا يفسد نكاح امرأته لو اشتراها وتحل الصدقـــة له ، وإن أصاب كسباً ولا يملك الهبة كذا في الأسرار (غير أن الكسب يكفي للصلة في الولاد) أراد أن قدرته على الكسب توجب الصلة في قرابة الولادة (حتى أن القادر على الكسب يخاطب بنفقة الوالد والولد) وإن لم يكن موسراً (ولا يكفى[1] لغيرها) أي ولا يكفى الكسب بغير الصلة (حتى لا يجب نفقة الأخ) المعسر على الأخ المعسر ، وإن كان يقدر على الكسب والدخول في الكتابة بطريق الصلة فيختص بموضع وجوب الصلة (إلا على الموسر) أي على الأخ الموسر .

(ولأن هذه قرابة) أي قرابة الأخوة (توسطت بين بني الأعمام) التي هي القرابـة البعيدة (وقرابة الولاد) أي وبين قرابة الولاد التي هي القرابة القريبة . الحـــاصل أن الأخ يشبه بني الأعمام في حق الزكاة وحل الحيلة وقبول الشهادة وجريان القصاص ، ويشبه الولاء في حرمة المناكحة واقتراض الصلة وحرمة الجمع بينهما إنكاحاً ، فالمشابهة للشيئين ذو حظ منهما ، فعملنا بالشبهين (فألحقناها بالثاني) أي إذا كان كذلك فألحقنا قرابة الأخوة التي هي المتوسطة بالثاني وهو قرابة الولاد (في العتق) حتى إذا ملك الحر أخـــاه يعتق عليه ، كما إذا ملك والد ولده (وبالأول في الكتابة) أي ألحقناها بالأول وهو القرابــة البعيدة التي أي بنو الأعمام في حكم الكتابة ، حتى إذا ملك المكاتب أخاه لم يدخـل في

---

(١) ولا يكفى في غيرهما — هامش .

وهـذا أولى ، لأن العتق أسرع نفوذاً من الكتابة حتى أن أحـد الشريكين إذا كاتب كان للآخر فسخه ، وإذا أعتق لا يكون له فسخه . قال وإذا اشترى أم ولده دخل ولدها في الكتابة ولم يجز بيعها ، ومعناه إذا كان معها ولدها ، أما دخول الولد في الكتابة فلما ذكرناه . وأما امتناع بيعها فلأنها تبع للولد في هذا الحكم

كتابته ، كما إذا ملك ابن عمه عملا بالشبهين وتوفيراً لهما حفظها .

(وهذا أولى) أي العمل على هذا الوجـه أولى من العكس (لأن العتق أسرع نفوذاً من الكتابة ، حتى أن أحد الشريكين إذا كاتب) العبد المشترك بينهما (كان للآخـر فسخه ، وإذا أعتق لا يكون له فسخه) أي فسخ العتق . فلو قلنا يتكاتب عليه أخـوه اذا اشتراه وجب علينا أيضاً أن نقول إذا ملك الحر أخاه يعتق عليـه أيضاً ، فحينئذ تلزم العمل بشبه قرابة بني الأعمام ، فلا يبقى حينئذ قرابة الأخوة متوسطـة بين القرابتين ، لأن المتوسـط ذو حظ من الجانبين ، فما لم يعمل لهما لم يبـق المتوسط متوسطاً .

(قال) أي القدوري (وإذا اشترى أم ولده دخل ولدها في الكتابه) أراد اشتراء أم ولده ومعها ولده منها على ما يجيء الآن ، والأصل في هـذا أن المكاتب إذا اشترى امرأته لا يبطل نكاحها لعدم الملك حقيقة في رقبتها وله ملك اليد لا يبطل النكاح (ولم يجز بيعها) أي بيع أم ولده بعد أن اشتراها ومعها ولده منها ، أما إذا اشترى امرأتـه ولم يكن لها ولد منه فله أن يبيعها ، لأن النكاح ليس بسبب لاستحقاق الصلة ، فلا يمتنع البيع بسببه ،و كذا المكاتبة إذا اشترت زوجها لم يبطل نكاحها وله أن يطأها بالنكاح، لأنها لم تملك رقبته حقيقة .

(ومعناه إذا كان معها ولدها) أي معنى قول محمد إذا اشترى أم ولده دخل ولدهافي الكتابة ولم يجز بيعها إذا كان منها ولداً (أما دخول الولد في الكتابة فلما ذكرناه) أراد به ما ذكره بأول الفصل لأنه من أهل أن يكاتب . (وأما امتناع بيعها فلأنها تبع للولد في هذا الحكم) أي في حكم الحرية .

فإن قلت إذا ثبت للولد حقيقة الحرية فينبغي أن لا يثبت للأم حقها ، وها هنا ثبت للولد حق الحرية ، فينبغي أن لا يثبت للام تحقيقاً لانحطاط رقبتها عن الولد . قلت للكتابة أحكام منها عدم جواز البيع فيثبت للام هذا الحكم دون الكتابة تحقيقاً لانحطاط رتبتها .

فإن قلت لم لا تصير مكاتبه تبعاً للولد . قلت العقد انما ورد على المكاتب، والولد جزؤه ، فيكون وارداً عليه بخلاف الأم .

(قال عليه السلام أعتقها ولدها) أورده دليلاً على عدم جواز بيع أم الولد المذكور ، لأنها عتقت بعتق ولدها ، لأنه عليه السلام أخبر بهذا، ثم هذا الحديث أخرجه البيهقي من رواية أبي أويس وأبي بكر بن أبي سبرة عن حسين بن عبد الله عن عكرمة عن ابن عباس ولم يذكر أبو أويس ابن عباس قال لما ولدت أم ابراهيم ابن النبي صلى الله عليه وسلم قال أعتقها ولدها ، ثم البيهقي رواه من حديث زياد بن أيوب نابقية عن سعيد بن زكريا عن ابن أبي بشارة عن ابن أبي حسين عن عكرمة عن ابن عباس قال لما ولدت مارية قال رسول الله صلى الله عليه وسلم أعتقها ولدها ثم قال والحديث عكرمة علة عجيبة ، ثم روى عن سعيد بن مسروق عن عكرمة عن عمر قال أعتقها ولدها ، وإن كان سقطا . ثم روى عن حنيف عن عكرمة عن ابن عباس قال عمر رضي الله عنه فذكر نحوه،قال فعاد الحديث إلى عمر رضي الله عنه ثم جعله الصحيح.

قلت هاتان قضيتان مختلفتان لفظاً ، روى عكرمة احداهما مرفوعة والأخرى موقوفة ، فلا تعلل أحدهما بالأخرى . وقد أخرج الحاكم في المستدرك الرواية المرفوعة وقال صحيح الإسناد ثم ذكر لها متابعة . وأخرجه ابن ماجة من حديث ابن عاصم عن أبي بكر النهشلي عن حسين بن عبد الله ، والنهشلي أخرج له مسلم ووثقه جماعة . وقد جاء للحديث متابعة من وجه آخر بسند جيد .

قال ابن حزم روينا من طريق قاسم بن صبغ حدثنا مصعب عن محمد حدثنا عبيد الله ابن عمر هو الوقي عن عبد الكريم الجزرى عن عكرمة عن ابن عباس قال لما ولدت مارية أم ابراهيم عليه قال رسول الله صلى الله عليه وسلم أعتقها ولدها ، ثم قال ابن حزم وهذا خبر جيد

وإن لم يكن معها ولدها فكذلك الجواب في قول أبي يوسف ومحمد « رح » لأنها أم ولد خلافاً لأبي حنيفة « رح » . وله أن القياس أن يجوز بيعها وإن كان معها ولد ، لأن كسب المكاتب موقوف فلا يتعلق به ما لا يحتمل الفسخ ، إلا أنه يثبت هذا الحق فيما إذا كان معها ولد تبعاً لثبوته في الولد بناء عليه وبدون الولد لو ثبت يثبت ابتداء والقياس ينفيه .

السند كل رواته ثقات . وقال في كتاب البيوع صحيح السند وقد بسطنا الكلام فيه في باب الإستيلاد .

(فإن لم يكن معها ولدها فكذلك الجواب) يعني لم يجز بيعها (في قول أبي يوسف ومحمد ، لأنها أم ولد ، خلافاً لأبي حنيفة «رح» . وله) أي ولأبي حنيفة «رح» (أن القياس أن يجوز بيعها وإن كان معها ولد ، لأن كسب المكاتب موقوف) أي متردد بين أن يؤدي البدل فيعتق وما فضل من البدل له ، وبين أن يعجز فيعود هو وماله للمولى . ولهذا لا يفسد نكاح امرأته بشراها ولا تصح تبرعاته فعلم أنه لا ملك له (فلا يتعلق به) أي بكسبه (ما لا يحتمل الفسخ) وهو الإستيلاد إذ لو تعلق لكان كسبه غير محتمل للفسخ أو كان الاستيلاد محتملاً للفسخ ، وكلاهما لا يجوز . والتحرير انه كسب موقوف وكل موقوف يقبل الفسخ فكسب المكاتب يقبل الفسخ ، وما يقبل الفسخ لا يجوز أن يتعلق به ما لا يقبل الفسخ كالإستيلاد ، لان ما لا يقبله أقوى من الذي يقبله والاقوى لا يجوز أن يكون تبعاً للادنى .

(إلا أنه يثبت هذا الحق) وهو امتناع البيع (فيما إذا كان معها ولد تبعاً لثبوته) أي لثبوت امتناع البيع (في الولد بناء عليه وبدون الولد لو ثبت) هذا الحق (يثبت ابتداء) أي في ابتداء الامر (والقياس ينفيه) يعني لا نص فيه يترك به القياس ، بخلاف ما إذا كان معها الولد .

فإن قلت القياس كما ينفيه ابتداء ينفيه مع الولد على ما ذكر في أول الدليل فخصص

وإن ولد له ولد من أمة له دخل في كتابته لما بينا في المشترى فكان حكمه كحكمه وكسبه له ، لأن كسب الولد كسب كسبه ويكون كذلك قبل الدعوة ،

نفيه بالإبتداء مع انه مناف لصدر الكلام تحكم . قلت ليس بتحكم وإنما هو من باب الإستحسان بالاثر ، وهو قوله ﷺ أعتقها ولدها ، ولا شك أن الولد إنما يعتق الام إذا ملكه الاب .

(وإن ولد له ولد من أمة له دخل في كتابته لما بينا) أشار به إلى قوله لانه من أهل ان يكاتب وإن لم يكن من أهل العتق (في المشترى) أي في الولد المشترى .

فان قلت المكاتب لا يملك التسري ولا وطء أمته وبه قالت الثلاثة ، فمن أين له ولد حتى يدخل في كتابته . قلت نعم ، إلا أن له في ملك مكاتبه يداً كالحر ، وذلك يكفي لثبوت النسب منه عند الدعوة وإن لم يحل وطئه كما في الجارية المشتركة وجارية الإبن إذا وطئها الاب وادعى الولد ، والدليل على ان المكاتب مثل الحر في ادعاء ما ذكره في المبسوط بقوله جارية بين حر ومكاتب ولد فادعاه المكاتب قال الولد ولده ، والجارية ام ولد له ، ويضمن نصف عقرها ونصف قيمتها ، ولا يضمن من قيمة الولد شيئاً ، لان المكاتب بماله في حق الملك في كسبه يملك الدعوة كالحر ، فبقيام الملك له في نصفها هنا يثبت نسب الولد منه من وقت العلوق ، ويثبت لها حق امية الولد في حق امتناع البيع تبعاً لثبوت حق الولد .

(فكان حكمه كحكمه) أي حكم الولد كحكم المكاتب ، وبه قالت الثلاثة رحمهم الله . وعند الظاهرية ولده من جاريته حر وهل تصير الامة أم ولد له ، للشافعي رحمه الله فيه قولان ، احدهما انها تصير ام ولد له ، وبه قال احمد وابو يوسف ومحمد رحمهم الله ، والثاني لا تصير ام ولد له ، وبه قال ابو حنيفة ومالك ، وهو رواية عن احمد « رح »

(وكسبه له) أي كسب الولد لوالده (لان كسب الولد كسب كسبه) إذ الولد كسبه

(ويكون كذلك قبل الدعوة) بكسر الدال ، اي قبل دعوة النسب ، أراد ان الولد

فلا ينقطع بالدعوة اختصاصه . وكذلك إن ولدت المكاتبة ولداً ، لأن حق امتناع البيع ثابت فيها مؤكداً ، فيسري إلى الولد كالتدبير والاستيلاد . قال ومن زوج أمته من عبده ثم كاتبها فولدت منه ولداً دخل في كتابتها وكان كسبه لها ، لأن تبعية الأم أرجح

والكسب كانا له قبل الدعوة (فلا تنقطع بالدعوة اختصاصه) اي اختصاص المكاتب بكسب ولده ، أراد اختصاصه الذي كان ثابتاً قبل الدعوة .

(وكذا إذا ولدت المكاتبة ولداً) أي من زوجها أو من زنا يدخل في كتابتها ، وبه قالت الثلاثة (لأن حق امتناع البيع ثابت فيها مؤكداً) أي مقرراً، فصار من الأوصاف القارة الشرعية والأوصاف القارة الشرعية في الأمهات كالتدبير والإستيلاد والحرية والرق يسري إلى الأولاد ، فأشار إلى ذلك بقوله مؤكداً ، واحترز به عن ولد الآبقة ، فإن بيعها لا يجوز وبيع ولدها يجوز ، لأن امتناع البيع في الآبقة غير مؤكد إذ الإباق مما لا يدوم ، وكذا بيع المستأجرة والحابية ، فان الأمة إذا اتصفت بهما امتنع بيعها إلا مقروناً بشيء ، لكنه ليس بمؤكد .

فقولهم الأوصاف القارة احترازاً عن مثل هذين الوصفين . وقولهم الشريعة احترازاً عن السواد والبياض والطول والقصر ، فانها لا تسري ، وإذا سرت كتابتها إلى ولدها لم يجز بيعه كما لم يجز بيع أمه . وقال الشافعي في قوله أن للولد ملك المولى فيتصرف فيه كيف شاء .

(فيسري إلى الولد) أي يسري هذا الوصف وهو حق امتناع البيع إلى الولد (كالتدبير والإستيلاد) أي كما يسري الوصف الثابت المؤكد في المدبر وأم الولد إلى أولادها .

(قال) أي القدوري (ومن زوج أمته من عبده ثم كاتبها فولدت منه ولداً دخل في كتابتها) هذا أيضاً بناء على أن الأوصاف القارة الشرعية في الأمهات تسري إلى الأولاد ، ولهذا كان الولد داخلاً في كتابة الام (وكان كسبه لها ، لان تبعية الام أرجح) لما ذكرنا

ولهذا يتبعها في الرق والحرية قال وإن تزوج المكاتب بإذن مولاه امرأة زعمت أنها حرة فولدت منه ولداً ثم استحقت فأولادها عبيد ، ولا يأخـــذهم بالقيمة ، وكذلك العبد بإذن المولى بالتزويـج ، وهذا عند أبي حنيفة

أن الاوصاف القارة الشرعية في الامهات تسري إلى الاولاد . ثم استوضح ذلـــك بقوله (ولهذايتبعها في الرق والحرية) أي يتبع الولد الام .

وقع في بعض النسخ دخل في كتابتها وكسبه لهـــا ، أي في الدخول يتبعهما خاصة والاول هو الاوجه ، لان فائدة الدخول هو الكسب ، فانه قد ذكر في المبسوط لو قتل الإبن قاتل خطأ فقيمته للأبوين جميعاً ، ولا يختص بها لام فينبغي أن تكون في مسألتنا كذا. قلت تلك المسألة متصورة فيما إذا قبل الوالدين الكتابة عليه، وحالهما في ذلك سواء،إذ لا ولاية عليهما عليه ، ولا يمكن جعل تلك القيمة للمولى ، لان الولد صار مكاتباً بقبولهما ، فلم يبق للمولى سبيل على كسبه وعلى قيمة رقبته فلابد أن تؤخذ القيمة عنه فيكون للابوين لانهما كانا ينفقان عليه في حياته ، وكان أحق بحضانته .

وأما الولد المولود في الكتابة، فان ثبوت الكتابة ها هنا بطريق التبعية وجانب الام يترجح في ذلك ، لانه جزء منها ، وهناك ثبوت الكتابة بالقبول وهما في القبول سواء . وفي الكافي لو قبل المولود في الكتابة يكون قيمته للام ككسبه ، وبه قال الشافعي في قول وأحمد ومالك . وفي قول للسيد ، لانه لا يدخل الولد في كتابتـهافي قول فيكون قنا للسيد يجوز بيعه وإعتاقه .

(قال) أي في الجامع الصغير (وإن تزوج المكاتب باذن مولاه امرأة زعمت) أي أدعت (انها حرة فولدت منه ولدا ، ثم استحقت فأولادها عبيد ولا يأخـــذهم) أي المكاتب لا يأخذ الاولاد (بالقيمة) أي بقيمة يؤديها إلى المستحق عندهما على ما يأتي .

(وكذلك العبد يأذن له المولى بالتزوج) فتزوج قوله من زوجه ثم استحقت،فان ولده عبد عندهما ولا يأخذ بالقيمة (وهذا) أي الحكم الذي ذكرنا في الوجهين (عند أبي حنيفة

وأبي يوسف « رح » وقال محمد « رح » أولادها أحرار بالقيمة لأنه شارك الحر في سبب ثبوت هذا الحق وهو الغرور ، وهـــذا لأنه ما رغب في نكاحها إلا لينال حرية الأولاد .

وأبي يوسف « رح » وقال محمد «رح» أولادها أحرار بالقيمة) وبـــه قال زفر والثلاثة «رح» إلا عن الشافعي « رح» في قول كقولهما وأكثرهم ذكروا قول أبي يوسف مـــع أبي حنيفة إلا أن أبا الليث ذكر قول أبي يوسف مع محمد وما ذكره الجمهور أصح ، لانه قوله المرجوع إليه ، وبه صرح القدوري في كتاب التقريب ، فقال قال أبو حنيفة وأبو يوسف لا يثبت للعبد حكم الغرور أولاده عبيد .

وروى زفر عن أبي حنيفة أنه يكون مغروراً وهو قول أبي يوسف الاول ، وذكر رجوعه في الدعوى . وقال محمد أولاده أحرار ثم على قول محمد إن كان التزوج من هؤلاء أعني العبد والمكاتب والمدبر باذن السيد فعليهم قيمة الولد والمهر في الحال. وإن كان بغير إذن السيد فعليهم قيمة الولد والمهر بعد العتق ، هذا إذا غرته المرأة بقولها أنها حرة أو غرها بان زوجها منه حر على أنها حرة، فان الاب يرجع بقيمة الولد على الزوج في الحال، وإن كان الذي غره عبداً أو مدبراً أو مكاتباً فلا رجوع له عليهم حتى يعتقوا ، سواء كان العبد مأذوناً له أو لم يكن .

وأما إذا أراد الرجل أن يتزوج امرأة فأخبره رجل انها حرة ولم يزوجها أباهـــا أو تزوجها رجل على ظن أنها حرة وما قالت زوجني فاني حرة فانه لا يرجع على المخبر ولا على المرأه ولكن يرجع بقيمة الولد على الامة إذا أعتقت لانها غرته حين زوجت نفسها أنها حرة وضمان الغرور كضمان الكفالة .

(لأنه) أي لأن المكاتب (شارك الحر في سبب ثبوت هذا الحق) وهو كون الأولى حراً بالقيمة (وهو الغرور) أي سبب ثبوت هذا الحق هو الغرور وهما مشتركان فيـــه (وهذا) أي وجه اشتراكهما في هذا السبب (لأنه) أي لأن المكاتب (مـــا رغب في نكاحها) أي في نكاح تلك المرأة التي زعمت أنها حرة (إلا لينال حريـــة أولاده) وفي بعض النسخ حرية الأولاد .

ولهما أنه مولود بين رقيقين ، فيكون رقيقاً ، وهذا لأن الأصل أن الولد يتبع الأم في الرق أو الحرية خالفنا هذا الأصل في الحر بإجماع الصحابة ، وهـــذا ليس في معناه ، لأن حق المولى هناك مجبور بقيمة ناجزة وها هنا بقيمة متأخرة

(ولهما) أي لأبي حنيفة وأبي يوسف (أنه مولود بين رقيقين) لأن أباه رقيق ما دام في الكتابة وأمه ظهرت رقبتها بثبوت الإستحقاق (فيكون رقيقاً) كما إذا كان عالمـــاً بحالها (وهذا)توضيح لما قبله (لأن الأصل أن الولد يتبع الأم في الحرية والرق) يعني لأن القياس اتباع الولد الأم في الرق والحرية لأنه جزؤها (خالفنا هذا الأصل) أي تركنا هذا القياس المذكور (في الحر) أي فيما إذا كان الرجل حراً (بإجماع الصحابة)« رض » فيه نظر لوجود الإختلاف من الصحابة على ما روى ابن أبي شيبــة في مصنفه في البيوع ، حدثنا أبو بكر بن عباس عن مطوف [1] عن عامر عن علي رضي الله عنه في رجل اشترى جارية فولدت منه أولاداً ثم أقام رجل البينة أنها له قال ترد عليه وتقوم عليه ولدهـــا فيغرم الذي باعها ما غروها .

قال حدثنا سفيان بن عيينة عن أيوب بن موسى عن أبي قسيط عن سليمان بن يسار أن أمة أتت قوماً فغرتهم وزعمت أنها حرة فتزوجها رجل فولدت له أولاداً فوجدها أمـــة فقضى عمر رضي الله عنه بقيمة أولادها في كل مغرور غره ، حدثنا عبد الأعلى عن سعيد عن قتادة عن خلاس عن أمته أتت ناساً فزعمت أنها حرة فتزوجها رجل ثم أن سيدهـــا ظهر عليها يقضي عثمان رضي الله عنه أنهـــا وأولادها لسيدها وجعل لزوجها ما أدرك من متاعه .

(وهذا) أي ولد المكاتب (ليس في معناه) أي ليس في معنى ولد الحر (لأن حق المولى هناك) أي في مسألة الحر (مجبور بقيمة ناجزة) أي حالة أراد أن الحكم حريـــة الولد مع مراعاة حق المستحق وهو المولى بإيجاب قيمته في الحال (وها هنا بقيمة متأخرة

---

(١) مطرف ــ هامش .

إلى ما بعد العتاق فيبقى على الاصل فلا يلحق بـــه . قال وإن وطيء المكاتب أمـــة على وجه الملك بغير إذن المولى ثم استحقها رجل فعليه العقر يؤخذ بـــه في الكتابة وإن وطئها على وجـه النكاح لم يؤخذ به حتى يعتق ، وكذلك المأذون له . ووجه الفرق أن في الفصل الاول

إلى ما بعد العتاق) فكان المانع من الإلحاق به موجوداً وهـو الضرر اللاحق بالمستحق بالتأخير (فيبقى على الأصل) وهو أن يكون الولد تابعاً لها (فـــلا يلحق بالمكاتب) في هذا الحكم .

واعلم أن قوله لأن حق المولى هناك تجوز بقيمة ناجزة ... إلى آخره يدل على أن عند محمد «رح» أولاد المكاتب في الصورة المذكورة أحرار بقيمة متأخرة إلى ما بعد العتق ، وهكذا نص عليه في شرح الجامع الصغير وفي المبسوط خلاف هذا وهو أن قيمة الأولاد والمهر يجب في الحال لوجود الإذن من المولى .

(قال) أي في الجامع الصغير (وإن وطيء المكاتب أمة على وجه الملك) يعني اشترى مكاتب أمة بشراء صحيح ووطئها (بغير إذن المولى) والباقيـة تتعلق بقوله وطيء ، وإنما قال بغير إذن المولى ليتبين به فائدة هذا الحكم في إذن المولى ، فلأن يؤاخذ به الإذن بالطريق الأولى. ألا ترى أنه يفترق هذا فيما إذا وجد الوطء في النكاح فإنـــه لو كان مأذوناً بالنكاح فنكحها ووطئها يؤاخذ بمهرها في الحال. ولو لم يكن مأذوناً به لا يؤاخذ بالمهر في الحال بل يؤخر إلى ما بعد العتق (ثم استحقها رجل فعليه العقر) أي مهر المثل (يؤخذ به في الكتابة) في حال الكتابة من غير تأخير إلى الإعتاق ،

(وإن وطئها على وجه النكاح) أي بغير إذن المولى بالنكاح (لم يؤخذ بـــه) أي بالعقر (حتى يعتق ، وكذلك المأذون له) أي العبد المأذون له في التجارة سواء كان قناً أو مدبراً . حكمه كذلك .

(ووجه الفرق) أي بين الوطء على وجـــه الملك والوطء بالنكاح (أن في الفصل

ظهر الدين في حق المولى لان التجارة وتوابعها داخلة تحت الكتابة وهذا العقر من توابعها ، لانه لولا الشراء لما سقط الحد وما لم يسقط الحد لا يجب العقر ، أما لم يظهر في الفصل الثاني لان النكاح ليس من الإكتساب في شيء فلا ينتظمه الكتابة كالكفالة . قال واذا اشترى المكاتب جارية شراء فاسداً ثم وطئها فردها أخذ بالعقر في المكاتبة ، وكذلك العبد المأذون له لانه من باب التجارة فإن التصرف تارة يقع صحيحاً ومرة يقع فاسداً والكتابة والإذن

الأول) وهو الوطء على وجه الملك (ظهر الدين في حق المولى ، لأن التجارة وتوابعها) توابع التجارة كالإعارة والضيافة والهدية اليسيرة ، ولكن المراد هنا هو العقر فإنه من توابع التجارة لأنه لولا الشراء لما لزم العقر بل لزم الحد فصار وجوب العقر ملحقاً بدين التجارة ، لأنه من التوابع فيكون (داخلة تحت الكتابة) لأنه إنما ملك الشراء بسبب الكتابة ، فالحاصل أن الكتابة أوجبت الشراء ، والشراء أوجب سقوط الحد ، وسقوط الحد أوجب العقر ، فالكتابة أوجبت العقر ، وهو معنى قوله (وهذا العقر) أي الذي وجب على المكاتب بسبب وطء المشتراة (من توابعها) أي توابع الكتابة (لأنه) أي لأن الشأن (لولا الشراء لما سقط الحد وما لم يسقط الحد لا يجب العقر ، أما لم يظهر في الفصل الثاني) وهو الوطء بالنكاح (لأن النكاح ليس من الإكتساب في شيء فلا ينتظمه الكتابة) أي فلا يشمله الكتابة ، فوجوب العقر هنا باعتبار شبهة النكاح وهو ليس من التجارة والإكتساب فيتأخر إلى مابعد عتقه (كالكفالة) يعني إذا كفل المكاتب يؤخذ به الحرمة ، لأن الكتابة لا ينتظمها .

(قال وإذا اشترى المكاتب جارية شراء فاسداً ثم وطئها فردها أخذ بالعقر في المكاتبة) أي في حال الكتابة (وكذلك العبد المأذون له لانه) أي لان الشراء (من باب التجارة ، فان التصرف تارة يقع صحيحاً ومرة يقع فاسداً ، والكتابة والإذن

ينتظمانه بنوعيه كالتوكيل ، فكان ظاهراً في حق المولى

فصـــل

قال وإذا ولدت المكاتبة من المولى فهي بالخيـــار إن شاءت مضت على الكتابة وإن شاءت عجزت نفسها وصارت أم ولد له لانهـــا تلقتها جهتا حرية عاجلة ببدل وآجلة بغير بـــدل فتخير بينهما ونسب ولدها ثابت من المولى وهو حر ،

ينتظمانه) أي الشراء (بنوعيه) وهما الصحيـح والفاسد (كالتوكيل) يعني إذا وكل وكيلا يتناول الصحيح والفاسد(فكان)أي العقر (ظاهراً في حق المولى)لوجودالإذن منه.

(فصل)

أي هذا فصل في بيان مسائل أخرى من هذا الباب ، وأتى في الفصل لكونها نوعـاً من جنس مسائل الباب .

(قال وإذاولدت المكاتبة من المولى فهي بالخيار إن شاءت مضت على الكتابة ، وإن شاءت عجزت نفسها وصارت أم ولد له) سواء صدقته المكاتبة في ذلك أم كذبته ، لان للمولى في رقبتها حقيقة الملك ، وللمكاتب حق الملك فترجحت الحقيقة على الحق فيثبت من غير تصديق،بخلاف ما لو ادعى ولد أمة المكاتبة فان ثمة لا يثبت النسب إلا بتصديق المكاتبة ، لان للمولى حق الملك في اكتسابها دون حقيقته، فيحتاج إلى التصديق (لانها) أي لان الشأن ، وهذا إشارة إلى دليل التخير (تلقتها) أي المكاتبـــة . وفي بعض النسخ تلقاها (جهتا حرية)أي جهتان الحرية،فبالإضافة سقط النون وارتفاعها بالفاعلية بقوله تلقتها (عاجلة ببدل) أي أحد الجهتين عاجل ببدل ، وهو المضي على الكتابـــة (وآجلة بغير بدل ،) أي الاخرى آجل بلا بدل ، وهو أن تعجز نفسهـــا وتصير أم ولد فتعتق بعد موته (فتخير بينهما) أي إذا كان أمرها دائر بين الجهتين فتخير بينها(ونسب ولدها ثابت من المولى) سواء جاءت به لستة أشهر أو لاكثر من ستة أشهر (وهـــو حر) أي الولد لا يعلم فيه خلاف .

لان المولى يملك الإعتاق في ولدها ومـــا له من الملك يكفي لصحة الاستيلاد بالدعوة . وإذا مضت على الكتابة أخذت العقر من مولاها لاختصاصها بنفسها وبمنافعها على ما قدمنا ، ثم إن مات المولى عتقت بالاستيلاد وسقط عنها بدل الكتابة ،

(لأن المولى يملك الإعتاق في ولدها) لأن الدعوة من المولى كالتحرير ، وإنه يملك تحرير ولدها من غيره قصداً ، فلأن يملك ذلك ضمناً للدعوة بالطريق الأولى (ومـــاله) بفتح اللام ، أي والذي له (من الملك) في الجارية (يكفي لصحة الإستيلاد بالدعوة) هذا في الحقيقة جواب عما عسى أن يتوهم أن ملك المولى في المكاتبة ناقص ، فلا يصح دعوتـه ، فقال الذي له من ملك الرقبة فيها كان لصحـــة الإستيلاد ، وإن لم يكن له ملك اليد ، وملكه فيها أقوى من ملك المكاتب في مكاتبته بدليل جواز اعتاق المولى مكاتبـة دون المكاتب ، والمكاتب إذا ادعى نسب الولد من مكاتبته يثبت نسبـه ، فلان يثبت من المولى أولى .

(وإذا مضت على الكتابة) أراد أنها إذا اختارت الكتابة ومضت عليها (أخذت العقر من مولاها) أي مهر المثل ، وبه قال مالك وأحمد والشافعي في قول (لاختصاصها بنفسها وبمنافعها على ما قدمنا) أشار به إلى قوله في فصل الكتابة الفاسدة أنهـا صارت أخص بأجزائها .

(ثم إن مات المولى) يعني بعد مضيها على المكاتبة (عتقت بالإستيلاد وسقط عنها بدل الكتابة) ولا خلاف فيه ، لأنها التزمت المال لتسلم لها رقبتها بجهة الكتابة ولم تسلم بهـذه الجهة فلم يجب البدل .

فإن قلت كان الواجب أن لا يسقط ، لان الاكساب تسلم لها وهذا آية بقاء الكتابة . قلت الكتابة تشبه المعاوضة ، فبالنظر إلى ذلك لا يسقط البدل ، ويشبه الشرط فبالنظر إليه يسقط ، ألا ترى أنه لو قال لإمرأته إن دخلت الدار فأنت طالق ثم طلقهـــا ثلاثاً تبطل ، فلما عتقت بالإستيلاد بطلت جهة الكتابة فعملنا بالشبهين. وقلنا بسلامة الإكساب عملا بشبه المعاوضة . وقلنا بسقوط بدل الكتابة عملا بشبه الشرط .

وإن ماتت هي وتركت مالاً تؤدي منه مكاتبتها وما بقي ميراث لابنها جرياً على موجب الكتابة . فان لم تترك مالا فلا سعاية على الولد لانه حر . ولو ولدت ولداً آخر لم يلزم المولى إلا أن يدعي لحرمة وطئها عليه ، فلو لم يدع وماتت من غير وفاء يسعى هذا الولد لأنه مكاتب تبعاً لها . فلو مات المولى بعد ذلك عتق وبطل عنه السعاية لانه بمنزلة أم الولد إذ هو ولدها فيتبعها ،

(وإن ماتت هي وتركت مالاً تؤدى منه مكاتبتها) أي بدل كتابتها (وما بقي ميراث لإبنها جرياً على موجب الكتابة) وقال أحمد ما في يدها للسيد، وبه قال الشافعي في قول لبطلان الكتابة فيكون العتق باستيلاد فلا يكون ما في يدها للسيد ميراثا لإبنها. وقال مالك من كان معها في كتابتها من ورثتها يؤدي ما بقي من الكتابة ويرث من ذكرنا ممن كان في الكتابة على قسمة الميراث ، ولا يرث منها وارث آخر . قال ابن حزم هذا قول لم يعرف من أحد وخلاف القرآن والسنة والمعقول .

(وإن لم تترك مالاً فلا سعاية على الولد ، لانه حر . ولو ولدت ولداً آخر لم يلزم المولى) بالسكوت لانه بسبب ولد أم الولد إنما يثبت بالسكوت إذا لم تكن محرم الوطء . وهذا محرم وطئها (إلا أن يدعي لحرمة وطئها عليه) وفي مبسوط شيخ الإسلام هذا إذا مضت على المكاتبة، أما لو عجزت بنفسها ولم تمض ثم ولدت فإنه يلزم المولى دون الدعوة لحل وطئها حينئذ .

(فلو لم يدع) أي المولى نسب الولد الثاني (وماتت من غير وفاء يسعى هذا الولد ، لانه مكاتب تبعاً لها) أي لان الولد الثاني دخل في كتابة امها ، وهذا تؤدي كتابتها على نجوم أمها (فلو مات المولى بعد ذلك) أي بعد المكاتبة (عتق) أي الولد الثاني (وبطل عنه السعاية لانه بمنزلة أم الولد) أي لان الولد بمنزلة أم الولد (إذ هو ولدها تبعاً لها) أي لانه ولدها (فيتبعها) فهي لا تسعى بعد موت السيد ، فكذا ولدها تبعاً لها .

قال وإذا كاتب المولى أم ولده جاز لحاجتها إلى استعادة الحرية قبل موت المولى وذلك بالكتابة ولا تنافي بينهما لانه تلقتها جهتا حرية ، فان مات المولى عتقت بالاستيلاد لتعلق عتقها بموت السيد وسقط عنها بدل الكتابة ، لان الغرض من إيجاب بدل العتق عند الاداء ، فاذا أعتقت قبله لا يمكن توفير الغرض عليه ، فسقط و بطلت الكتابة لامتناع إبقائها من غير فائدة ، غير أنه تسلم

(قال) أي القدوري (وإذا كاتب المولى أم ولده جاز) والقياس أن لايجوز عند أبي حنيفة لعدم تقومها ، فكيف يؤخذ بمقالته بدل الكتابة ، لكن لو جوزه باعتبار أن عقد الكتابة ترد على المملوك ليتوسل به إلى ملك اليد والمكاسب في المال والحرية في ثاني الحال (لحاجة أم الولد إلى استعادة الحرية قبل موت المولى) كحاجة غيرنا (وذلك بالكتابة) فكان جائزاً (ولا تنافي بينهما) أي بين الكتابة والإستيلاد ، وهذا جواب عن سؤال مقدر تقديره أن يقال أحد ما يقتضى العتق ببدل والآخر بلا بدل ، والعتق الآخر لا يثبت بهما فكانا متنافيين ، فقال لا تنافي بينهما (لانه) أي لان الشأن (تلقتها جهتا حرية) وهما حصول الحرية بالبدل معجلا ، وحصولها بلا بدل مؤجلا . وقال ، أي القاضي من أصحاب الشافعي لا يجوز كتابة أم الولد ، لان الشافعي قال إذا استولد المكاتبة صارت أم ولد بحالها ، وبه قال أحمد .

(فان مات المولى عتقت بالإستيلاد) يعني إن مات المولى قبل أداءبدل الكتابة ولفظ القدوري « رح » وإذا مات المولى سقط عنها مال الكتابة ، هكذا اثبته في شرح الاقطع قال الحاكم الشهيد في الكافي فان مات المولى قبل أن تؤدي عتقت ولا شيء عليها (لتعلق عتقها بموت السيد وسقط عنها بدل الكتابة ، لان الغرض من إيجاب بدل العتق عند الاداء ، فاذا أعتقت قبله لا يمكن توفير الغرض عليه) أي على المولى (فسقط) أي بدل الكتابة (وبطلت الكتابة لامتناع إبقائها من غير فائدة) بالنسبة إلى البدل (غير انه تسلم

لها الاكساب والاولاد ، لان الكتابة انفسخت في حق البدل وبقيت في حق الاولاد والاكساب لان الفسخ لنظرها ، والنظر فيما ذكرنا ولو أدت المكاتبة قبل موت المولى عتقت بالكتابة لأنها باقية .

لها الإكساب والاولاد) أي يعتق الاولاد ويخلص لها الكسب .

قال تاج الشريعة أي الاولاد التي اشترتها المكاتبة في حال الكتابة لا الاولاد التي ولدت من مولاها وهذا في الحقيقة لدفع شبهة ترد وهي أن استتباع الاولاد في الحرية والرقبة بالام إنما يكون ان لو كانت الاولاد متصلة بالام حالة الحرية والرقبة ، وها هنا الأولاد منفصلة عنها حال عتقها ، فكيف يعتق الأولاد بعتقها عند موته فأجاب عنها بهذا ، وقال عدم العتق للاولاد المنفصلة إنما يكون إذا لم تكن الأولاد داخلة في كتابة الأم بطريقة التبعية ، وها هنا دخلت في كتابتها تبعاً لها ، فلذلك عتقوا بعتقها وبطلت الكتابة في حق الأم في حق البدل وتبقى في حقها في حق الأولاد والإكساب ، وإليه أشار بقوله .

(لأن الكتابة انفسخت في حق البدل) أي في حق الأم في حق بدل الكتابة (وبقيت) أي الكتابة (في حق الإكساب والأولاد لأن الفسخ لنظرها) أي لأن فسخ الكتابة أي بطلانها لأجل نظرها (والنظر فيما ذكرنا) وهو سقوط الكتابة في حق البدل وبقاؤها في حق الأولاد والإكساب لأنه على تقدير انقاصها في حق الأولاد والإكساب تصير الأولاد أرقاء لورثة المولى ، وكذا تصير الاكساب ملكاً لهم وله نظر لهم في ذلك . قيل في كلامه تعالى لأنه عملك البطلان بانتفاع بقاء الكتابة من غير فائدة ثم علله بالنظر لها والمعلول الواحد بالشخص لا يعلل بعلتين مختلفتين . وأجيب بأن الكتابة جهتين جهة هي للمكاتب ، وجهة هي عليه وعلل الثانية بالأولى .

(ولو أدت المكاتبة) بنصب المكاتبة ، أي لو أدت أم الولد بدل الكتابة وفي بعض النسخ ولو أدت بدل الكتابة (قبل موت المولى عتقت بالكتابة) لا بالإستيلاد (لأنها باقية)

قال وإن كاتب مدبرته جاز لمـــا ذكرنا من الحاجة ولا تنافي إذ الحرية غـير ثابتة ، وإنمـا الثابت مجرد الاستحقـاق وإن مات المولى ولا مال له غيرهـــا فهي بالخيار بـين أن تسعى في ثلثي قيمتها أو جميع مال الكتابة ، وهذا عند أبي حنيفة « رح » . وقال أبو يوسف « رح » تسعى في الأقل منها . وقال محمد « رح » تسعى في

أي لأن الكتابة باقية ، وبه قال مالك وأحمد . وقال الشافعي لا يعتق لبطلان الكتابة على ما ذكره ابن القاضي .

(قال) أي القدوري (وإن كاتب مدبرته جاز) ولا نعلم فيه خلافاً إلا ما روي عن الشافعي أن التدبير وصية ، والكتابة رجوع عنها ، وإنما وضع المسألة في المدبرة لمناسبـة أم الولد ، وإن كانت هذه الاحكام في المدبر أيضاً كذلك . وفي المبسوط وضعها في المدبر (لما ذكرنا من الحاجـــة) عند قوله لحاجتها إلى استعادة الحرية قبل موت المولى وذلك بالكتابة (ولا تنافي) هذا جواب عن سؤال مقدر تقديره أن يقال التدبير يقتضي الحرية بلا بدل ، والكتابة ببدل فبينهما منافاة فقال ولا تنافي بين الكتابـة والتدبير (إذ الحرية غير ثابتة) في المدبرة (وإنما الثابت مجرد الإستحقاق) أي استحقاق الحرية لا حقيقتهـا فتوجهت إليها جهتا عتق عاجل ببدل وآجل بلا بدل ، فانتفى التنافي .

(فإن مات المولى ولا مال له غيرها فهي بالخيار بين أن تسعى في ثلثي قيمتها أو جميع مال الكتابة) أراد ثلثي قيمتها مدبرة لا قنة ، لأن الكتابة عقدت حال كونها مدبرة ، قيد بقوله ولا مال له لأنه لو كان له مال غيرها تخرج هي من الثلث يعتق ويسقط عنهـــا بدل الكتابة ، كما لو أعتقها ، ذكره في المبسوط ، وقد علم أن المـــدبر يعتق من الثلث عند أكثر أهل العلم إلا عند النخعي وداود (وهذا عند أبي حنيفة) أي هذا المذكور من الخيار بين السعي في ثلثي القيمة وجميع بدل الكتابة هو عند أبي حنيفة رحمه الله .

(وقال أبو يوسف تسعى في الأقل منها) أي من ثلثي القيمة وجميع بدل الكتابة ولا تخير (وقال محمد «رح» تسعى في الأقل من ثلثي القيمة وثلثي بدل الكتابة فالخلاف) بين

الأقل من ثلثي قيمتها وثلثي بدل الكتابة، فالخلاف في الخيار والمقدار، فـأبو يوسف مع أبي حنيفة في المقدار ومع محمد في نفي الخيار، أما الخيار ففرع تجزىء الإعتاق، والإعتاق عنده لما تجزأ بقى الثلثان رقيقاً وقد تلقتها جهتـا حرية ببدلين معجلة بالتدبير، ومؤجلة بالكتابة فتخير. وعندهما لما عتق كلها بعتق بعضها فهي حرة ووجب عليهـا أحد المالين فتختار الأقل لا محالة، فلا معنى للتخيير.

أصحابنا الثلاثة في موضعين (في الخيار والمقدار، وأبو يوسف «رح» مع أبي حنيفة «رح» في المقدار، ومع محمد «رح» في نفي الخيار، أمـا الخيار ففرع تجزىء الإعتاق والإعتاق عنده) أي عند أبي حنيفة (لما تجزأ بقي الثلثان رقيقاً) لأنه لم يخرج من الثلث. وفي بعض النسخ بقي الثلثان رقيقاً (وقد تلقتها جهتا حرية ببدلين) أحدهما (معجلة بالتدبير) والأخرى (ومؤجلة بالكتابة فتخير) على صيغة المجهول من المضارع لأن في التخيير فائدة لجواز أن يكون أداء أكثر المالين أيسر باعتبار الأجل وأداء أقل المالين أعسر لكونـه حـالاً وان كان جنس المال متحداً.

(وعندهما لما عتق كلها بعتق بعضها فهي حرة ووجب عليها أحد المالين) وهما بدل الكتابة والقيمة (فيختار الأقل لا محالة) بفتح الميم لأن العاقل لا يختار إلا الأقل (فـلا معنى للتخيير) لأنه لما بقي عليه بدل الكتابة حالاً ووجب عليها ثلث القيمة بالتدبـير حالاً لم يكن التخيير مقيداً، فيلزمه أقـل المالين بلا خيار، كما لو أعتق عبده على ألف أو ألفين فإنه يلزمه الاقل بلا خيار عندهم، فكذا هنا.

فان قلت ينبغي أن يسعى في ثلثي قيمتها عندهما، لان الإعتاق لـما لم يتخير عندهما يعتق كلها بالتدبير يعتق بعضها، وانفسخت الكتابة فوجبت السعاية في ثلثي قيمتهـا فحسب. قلت صحة كتابة المدبر للنظر لهـا وهو في أداء بدل الكتابة لاحتمال كونـه فجاء الإختيار.

وأما المقدار فلمحمد أنه قابل البدل بالكل وقد سلم لها الثلث بالتدبير ، فمن المحال أن يجب البدل بمقابلته ، ألا ترى أنه لو سلم لها الكل بأن خرجت من الثلث يسقط كل بدل الكتابة ، فهاهنا يسقط الثلث ، فصار كما إذا تأخر التدبير عن الكتابة . ولهما أن جميع البدل مقابل بثلثي رقبتها فلا يسقط منه شيء ، وهذا لأن البدل وإن قوبل بالكل صورة وصيغة لكنه مقيد بما ذكرنا معنى وإرادة

(وأما المقدار فلمحمد «رح» انه قابل البدل بالكل) أي أن المولى قابل كل الكتابة بكل الذات ، لانه أضاف العقد إلى ذاتها ، فقال كاتبتك على هذا والمحل قابل لها كالقنة فتصير كلها مكاتبة (وقد سلم لها الثلث بالتدبير) فيجب أن يسقط بقدر من ثلث البدل ، وبه قال مالك (فمن المحال أن يجب البدل بمقابلته) أي بمقابلة التدبير ، لانه سقط من الثلث ، فاذا أوجبنا البدل بمقابلة كله يكون خلفاً وهو باطل .

(ألا ترى) توضيح لما قبله (انه) أي الشأن (لو سلم لها الكل) أي كل البدل (بأن خرجت من الثلث يسقط كل بدل الكتابة فهاهنا يسقط الثلث) يعني فيما إذا لم يخرج من الثلث يسقط (فصار كما إذا تأخر التدبير عن الكتابة) يعني لو كاتب عبده أولاً ثم دبره ثم مات ولا مال له سواه يسقط عنه ثلث البدل بالإتفاق ، وهي مسألة التي تلي هذه المسألة ، لانه عتق ثلثه بالتدبير ، ولهذا لو أدى كل البدل في حياته كله ، فلو كان ثلثه يستحق بالتدبير ولم يرد عليه عند الكتابة لما عتق كله بالاداء .

(ولهما) أي لابي حنيفة وأبي يوسف (أن جميع البدل مقابل بثلثي رقبتها فلا يسقط منه شيء ، وهذا) أي بيان ذلك وتوضيحه (لان البدل وإن قوبل بالكل) أي لان بدل الكتابة وإن قوبل بكل ذات المدبرة (صورة) أي من حيث الصورة ، حيث قال كاتبتك فإنه مقابل بكل صورة (وصيغة) أي ومن حيث الصيغة أيضاً ، لان الخطاب عبارة عن كل الذات (لكنه مقيد بما ذكرنا) أي كل البدل مقيد بما ذكرنا ، وهو مقابلة بثلثي رقبتها (معنى وإرادة) أي من حيث المعنى والإرادة ، لان البدل قوبل بما يصح

لأنها استحقت حرية الثلث ظاهراً . والظاهر أن الإنسان لا يلتزم المال بمقابلة ما يستحق حريته صار هذا كما إذا طلق امرأته ثنتين ثم طلقها ثلاثاً على ألف كان جميع الألف بمقابلة الواحدة الباقية لدلالة الإرادة ، كذا ها هنا ،

مقابلته وما لا يصح فيما يصح ، فصح فيما يصح مقابلته (لانها استحقت حرية الثلث ظاهراً) يعني بالتدبير ، ولكن الإستحقاق غير متقرر لجواز أن تموت قبل المولى ، فاذا مات تقرر الاستحقاق فبطلت الكتابة بمقابلة ما وراء المستحق بالتدبير وهو الثلث .

(والظاهر أن الإنسان لا يلتزم المال بمقابلة ما يستحق حريته) فتعين أن يكون جميع البدل بمقابلة ثلثي رقبتها فلا يسقط منه شيء .

فان قلت لو كان كذلك لما عتق الجميع إذا أدت كل البدل قبل موت المولى ، لانه في مقابلة الثلثين لا الكل . قلت أما هذا لا يلزم على أبي يوسف «رح» لانه لا يقول بجزىء الإعتاق ، وأما على قول أبي حنيفة « رح » فالجواب ما مر إن حكمنا بصحة الكتابة نظراً للمدبر وليس من النظر أن يبقى بعضه غير حر ويغرم كل البدل ، فاعتبرنا المقابلة الصورية قبل موت المولى نظراً له .

(وصار هذا) هذا الحكم (كما إذا طلق امرأته ثنتين ثم طلقها ثلاثاً على ألف كان جميع الالف بمقابلة الواحدة الباقية لدلالة الإرادة) أي إرادة المطلق ، لان الظاهر أنه يدفع الالف في مقابلة الطلقة الواحدة الباقية لوقوع الطلقتين أولاً بلا مال ، ثم تطليقه ثلاثاً على ألف يدل على أن مراده مقابلة الالف بالواحدة الباقية .

فان قلت كيف تكون هذه المسألة المدبرة التي كوتبت ، لان وقوع الطلقتين هناك ظاهر ، فلاجل هذا جعل البدل بازاء ما بقي فالمدبرة حق العتق والملك كامل فيها، ولهذا حل وطؤ ها فيجوز أن يثبت بإزائه البدل . قلت قد سقطت مالية هذا الثلث ها هنا ، ولهذا لو أتلفها إنسان لا يضمن إلا قيمة الثلثين ، فيكون البدل بأي الباقي (كذا هنا) أي هذا الحكم في مسألة المدبرة التي كوتبت .

بخلاف ما إذا تقدمت الكتابة وهي المسألة التي تليه ، لأن البدل مقابل بالكل إذ لا استحقاق عنده في شيء فافترقا،قال وإن دبر مكاتبته صح التدبير لما بينا ولها الخيار إن شاءت مضت على الكتابة ، وإن شاءت عجزت نفسها وصارت مدبرة ، لأن الكتابة ليست بلازمة في جانب المملوك ، فإن مضت على كتابتها فمات المولى ولا مال له غيرها فهي

(بخلاف ما إذا تقدمت الكتابة) جواب عما قاسه محمد بقوله وصار كما إذا تأخر التدبير عن الكتابة (وهي المسألة التي تليه)أي المسألة التي فيها تأخير التدبير عن الكتابة هي تأتي تلو الحكم الذي فيه تأخير الكتابة عن التدبير (لان البدل مقابل بالكل ، إذ لا إستحقاق عنده في شيء) أي عند عقد الكتابة ، فيكون البدل في مقابلة الكل ، فاذا عتق بعض الرقبة بعد ذلك بالتدبير سقط حصته من بدل الكتابة (فافترقا) أي افترق حكم تقدم الكتابة على التدبير ، وحكم تأخرها ، فلم يصح قياس محمد على تقدمها .

(قال) القدوري (وإن دبر مكاتبته صح التدبير) ولا يعلم فيه خلاف لانه يملك بتخير العتق فيه ، فيملق التعليق بشرط الموت أيضاً ، وكذا الحكم في مدبر مكاتبة، لكن ذكر لفظ التأنيث لما ذكرنا من المناسبة (لما بينا) إشارة إلى قوله تلقتها جهتا حرية (ولها الخيار إن شاءت مضت على الكتابة ، وإن شاءت عجزت نفسها وصارت مدبرة لان الكتابة ليست بلازمة في جانب المملوك) وبه قالت الثلاثة ، لان النفقة والجناية على المكاتب في حال الكتابة . وإذا عجزت نفسها كان كل ذلك على المولى ، فله أن يدفع عن نفسه ذلك .

وفي الذخيرة هذا الفصل اختلف المشايخ فيه ، وهو أن المكاتب إذا أراد تعجيز نفسه وقال المولى لا أعجزك هل تفسخ الكتابة ، قال محمد بن سلمة إذا أبى المولى ذلك التعجيز فله ذلك ولا تفسخ الكتابة بتعجيز ، قال أبو بكر البلخي هذا خلاف ما ذكره أصحابنا في كتبهم ، فانهم قالوا للعبد أن يعجز نفسه .

(فان مضت على كتابتها فمات المولى ولا مال له غيرها فهي بالخيار إن شاءت سعت

بالخيار إن شاءت سعت في ثلثي مال الكتابة أو ثلثي قيمتها عند أبي حنيفة « رح » ، وقالا تسعى في الأقل منها فالخلاف في هـــذا الفصل في الخيار بناء على ما ذكرنا ، أما المقدار فمتفق عليه ، ووجهه ما بينا . قال وإذا أعتق المولى مكاتبه عتق بإعتاقه وقيام ملكه فيه وسقط بدل الكتابة ، لأنه مـــا التزمه إلا مقابلاً بالعتق وقد حصل له دونه فلا يلزمه ، والكتابة وإن كانت لازمة في جانب المولى ولكنها تفسخ برضاء العبد ، والظاهر رضاه توسلا إلى عتقه بغير بدل مع سلامة

في ثلثى مال الكتابة أو ثلثي قيمتها عند أبي حنيفة « رح » وقالا تسعى في الاقل منهما فالخلاف) بين أصحابنا الثلاثة (في هذا الفصل في الخيار بناء على ما ذكرنا) أراد به قوله أما الخيار فعرع يجزىء الإعتاق ... إلى آخره .

(أما المقدار) وهو القول بالثلثين سواء كان ذلك في بدل الكتابة أو قيمتها على قول أبي حنيفة « رح » وكذا على قولهما (فمتفق عليه ، ووجهه مابينا) أشار به إلى قوله لان البدل مقابل بالكل إلى آخره ، هذا لهما ، أما محمد فانه لما مر على أصله لا يحتاج إلى فرق.

(قال) أي القدوري (وإذا أعتق المولى مكاتبه عتق بعتقه لقيام ملكه فيه ، وسقط بدل الكتابة لانه) أي لان المكاتب (ما التزمه إلا مقابلا بالعتق ، وقد حصل له دونه) أي حصل له العتق بلا بدل الكتابة (فلا يلزمه) أي إذا حصل له العتق بلا بدل ، فلا يلزمه البدل بعده (والكتابة وإن كانت لازمة) جواب عن سؤال مقـــدر ، تقريره أن يقال الكتابة من جانب المولى فلا يقبل الفسخ ، فقال والكتابـــة وإن كانت لازمة (في جانب المولى ، ولكنها تفسخ) أي لكن عقد الكتابة . وفي بعض النسخ لكنها ، أي الكتابه تفسخ (برضاء العبد ، والظاهر رضاه) لان اللزوم كان لتعلق حقه ، فاذا رضي بالفسخ فقد أسقط حقه ، كما لو باعه المولى أو أجره برضاه ، والظاهر رضاه (توسلا إلى عتقه بغير بدل) لانه إذا رضي به ببدل فبلا يكون أرضى (مع سلامة الاكساب له)

الإكساب له ، لأنا نبقي الكتابة في حقه . قال وإن كاتبه على الف درهم إلى سنة فصالحه على خمسمائة معجله فهو جائز استحساناً . وفي القياس لا يجوز لأنه اعتياض عن الأجل وهو ليس بمال والدين مال فكان ربا ،

هذا جواب عن ماعسى أن يقال قد يكون راضياً ببدل نظراً إلى سلامة الاكساب له فقد تكون الأكساب كثيرة بفضل بعد أداء البدل منها له جملة فقال الأكساب سالمة له .

(لأنا نبقي الكتابة في حقه) أي في حق الأكساب ذكر الضمير على تأويل المكسوب أو المال . قال تاج الشريعة أي في حق الكسب أو المكاتب وقوله أو المكاتب لا وجه له على مالا يخفى . وقال الكاكي ذكر هذا دفعاً لشبهة ترد على قوله مع سلامة الأكساب له وهي مايقال ينبغي أن لا تسلم له الأكساب، ويجب أن يكون للمولى كما قالت الأئمة الثلاثة، لأن الأكساب أكساب عبده، كما لو عجز نفسه وعاد إلى الرق، والأكساب في يده بجامع ان في كل منهما انفساخ الكتابة ، فأجاب عنها بقوله لأن تبقى الكتابة في حق الأكساب نظر للمكاتب ، كما أن انفساخ تمثله للمكاتب بعد الإعتاق وفيه نظر ، لأن الرواية لم توجد في كتب محمد ومن بعد من المتقدمين كالطحاوي والكرخي وأبي الليث وغيرهم ينبغي أن تكون الأكساب للمولى بعدما أعتقه كما يجزء بعد المكاتب .

(قال) أي في الجامع الصغير (وإن كاتبه على ألف درهم إلى سنة فصالحه على خمسمائة معجلة فهو جائز استحساناً . وفي القياس لا يجوز) وبه قال الشافعي ومالك . وفي الحلية وبه قال أبو يوسف وزفر (لأنه اعتياض عن الأجل) أي لأن هذا الصلح اعتياض عما ليس بمال بما هو مال ، لأن الأجل غير مال ، وهو معنى قوله (وهو ليس بمال والدين مال ، فكان ربا) لأن الكتابة عقد معاوضة ، وهذا لا يجوز في عقد المعاوضة ، وإذا لم يجز ذلك كان خمسمائة بدلاً عن ألف وذلك عين الربا . لا يقال هلا جعلت اسقاطاً لبعض الحق ليجوز ، لأن الاسقاط إنما يتحقق في المستحق والمعجل لم يكن مستحقاً .

ولهذا لا يجوز مثله في الحر ومكاتب الغير . وجه الاستحسان أن الأجل في حق المكاتب مال من وجه ، لأنه لا يقدر على الأداء إلا به فأعطي له حكم المال وبدل الكتابة مال من وجه حتى لا تصح الكفالة به فاعتدلا فلا يكون ربا .

(ولهذا) أي ولكونه ربا (لا يجوز مثله) أي مثل هذا الصلح (في الحر) بأن كان الحر على مثله دين مؤجل فصالحه على نصف حقه معجلاً لا يجوز وقد مر في الصلح (ومكاتب الغير) بأن كان على مكاتب الغير ألف إلى سنة فصالحه على خمسمائة معجلة لا يجوز .

(وجه الإستحسان أن الأجل في حق المكاتب مال من وجه لأنه لا يقدر على الأداء إلا به) أي على أداء البدل إلا بالأجل (فأعطى له حكم المال وبدل الكتابة مال من وجه حتى لا تصح الكفالة به) أي ببدل الكتابة ، فلو كان مالاً من كل وجه لصحت الكفالة به (فاعتدلا) إذا كان الأمر كذلك فاعتدل الاجل ومال الكتابة تحرير لأن الأجل مال من وجه باعتبار أنه لا قدرة له إلا به ، وبدل الكتابة مال من وجه ، ألا ترى أنه لا يصلح نصاً بالزكاة والمكاتب عبد والمولى لا يستوجب على عبده شيئاً فصار كالحقوق التي ليست بمال ، ولهذا لا تصح الكفالة به ، فإذا كان مالاً من وجه والاجل أيضاً مال من وجه فاستويا (فلا يكون ربا) لوجود الإعتدال وهو المساواة ، وبه قال أحمد .

قيل فيه نظر من وجهين ، الاول : أن المال ما يتمول به وهو يعتمد الإحراز وذلك في الاجل غير متصور . الثاني : أن قوله فأعطى له حكم المال ليس بمستقيم لفظاً ومعنى ، أما لفظاً فلان أعطى متعد إلى مفعوليه بلا واسطة وقد استعمله باللام ، وأما معنى فلانه قال الاجل في حق المكاتب مال من وجه ، فإن أراد بقوله فأعطى له حكم المال من كل وجه فات الإعتدال ، إذ الدين مال من وجه ، وإن المراد حكم المال من وجه فهو تحصيل للحاصل .

أجيب عن الاول أن ما ذكرتم أن المال ما يتمول به ويحرز صحيح إذا كان ملاء من

ولأن عقد الكتابة عقد من وجه دون وجه ، والأجل ربا من وجه فيكون شبهة الشبهة ، بخلاف العقد بين الحرين لأنـــه عقد من كل وجه فكان ربا ، والاجل فيه شبهة . قال وإذا كاتب المريض عبده على ألفي درهم إلى سنة وقيمته ألف ثم مات ولا مال

كل وجه ، وليس ما نحن فيه كذلك ، وإنما المراد به ها هنا انه وسيلة إلى تحصيل مقصود المكاتب وهو في ذلك كعين الدراهم لتوقف قدرة الاداء عليه توقفها على عين الدراهم. وعن الثاني بأن أعطى ضمن يعني اعتبر ومعناه اعتبر لاجل حكم المال ، فإن الشيء يجـــوز أن يكون جهة في شيء ولا يكون معتبراً فبين بأنه اعتبر له تلك الجهـــة تصحيحاً للقصد ونظراً للمكاتب .

(ولان عقد الكتابة عقد من وجه دون وجه) لأنه اسقاط باعتبار أنه فك الحجر ، ولعقد الكتابة شبه بالتعليق بالشرط ، لانه تعليق العتق بشرط الاداء ، فيكون من هذا الوجه يميناً (والاجل ربا من وجه) لأن حقيقة الربا يكون بين المالين والأجـــل ليس بمال (فيكون شبهة الشبهة) أي يكون كون الأجل ربا شبهة وقعت في شبهة العقد ، فشبهـــة الشبهة لا اعتبار لها ، والشبهة هي المعتبرة دون شبهة الشبهة .

فإن قلت لو كان عقد المكاتبة عقداً من وجه كما ذكرتم كان ينبغي أن يجوز بيـــع المولى من مكاتبـــه درهماً بدرهمين، وذا لا يجوز ذكره في المبسوط . قلت المكاتب كالأجنبي من وجه فتجري بينهما صريح الربا بدون شبهة لما ذكرنا ، كـذا ذكره المحبوبي (بخلاف العقد بين الحرين) جواب عن قوله ولهذا لا يجوز مثله في الحر ، تقريره لأن العقد بين الحرين ، أي عقد الصلح بين الحرين على الوجه المذكور إنما لا يجوز (لأنه عقد من كل وجه فكان ربا والاجل فيه شبهة) فاعتبرت ، فلذلك لم يصح .

(قال) أي في الجامـع الصغير (وإذا كاتب المريض عبده على ألفي درهم إلى سنة وقيمته ألف) أي والحال أن قيمة المكاتب ألف درهم (ثم مات) أي المولى (ولا مال

له غـيره ولم تجزىء الورثة فإنـــه يؤدي ثلثي الالفين حالا والبـــاقي إلى أجله أو يرد رقيقـاً عند أبي حنيفـة وأبي يوسف « رح » . وعند محمد « رح » يؤدي ثلثي الالف حـــالا والباقي إلى أجله ، لان له أن يترك الزيادة بأن يكاتبه على قيمتـــه فله أن يؤخرها ،

له غيره) أي والحال انه لا مـــال للمولى غير المكاتب (ولم يجزىءالورثة) أي التأجيل لأن المريض لم يتصرف في حق الورثة إلا في حق التأجيل فكان لهـــم أن يردوه ، إذ بتأجيل المال أخر حقهم ، وفيه ضرر عليهم فلا يصح بدون إجازتهم (فإنه) أي المكاتب (يؤدي ثلثي الألفين حالاً) وهو ألف وثلثمائه وثلاثون درهماً وثلث درهم (والبـــاقي) بنصب الياء يؤدي الباقي وهو ستمائة وست وستون وثلثا درهم (إلى أجله) أي على الذي عليه (أو يرد رقيقاً) أي أو يرد المكاتب إلى الحالة التي كان فيها رقيقاً (عند أبي حنيفة وأبي يوسف « رح ») .

(وعند محمد « رح » يؤدي ثلثي الألف حالا والباقي) أي يؤدي الباقي (إلى أجله) الذي عينه (لأن له) أي للمريض (أن يترك الزيادة) أي على القيمة لأنه لم يتعلق بهـا حق الورثة ، ثم فسر ترك الزيادة على القيمة بقوله (بأن يكاتبه على قيمته) أي يكاتبه على قـــدر قيمته وهو الألف (فله أن يؤخرها) أي الزيادة ، لمـــا جاز له ترك أصله جـــاز له ترك وصفه وهو التعجيل بالطريق الأولى ، ألا ترى أنـــه يجوز له أن يكاتبه على قدر قيمته ، فالزيادة على قدر قيمته فالزيادة على قيمته لا تعتبر من ماله ، وإنما يعتبر من ماله الألف ، فلا يصح في ذلك تأجيله في ثلثي الألف ، ويصح في الزيادة .

قال صاحب العناية ولو قال لأن له أن يـترك الزيادة وثلث الألف فله أن يؤخرهما كان أحسن فتأمل . قلت لما كان جواز ترك الزيادة على القيمة لعدم تعلق حق الورثة به فكذلك ترك ثلث الألف ، لانه لا حق لهم فيها ، وحقهم في الثلثين ، فمن فهم ذلك يلزم

فصار كما إذا خالع المريض امرأته على الف إلى سنة جاز لأن له أن يطلقها بغير بدل . لهما أن جميع المسمى بدل الرقبة حتى أجرى عليهـــا أحكام الابـدال وحق الورثة متعلق بالمبدل فكـذا بالبـدل ، والتأجيـل إسقاط معنى فيعتبر

فهم هذا فلا حاجة حينئذ إلى ما ادعاه من الأجنبية .

(فصار) أي حكم هذا (كما إذا خالع المريض امرأته على ألف إلى سنـة لأن له أن يطلقها بغير بدل) أراد انه لو خلع امرأته في مرض موته على ألف إلى سنة ولا مال له غيره ولم يجز الورثة التأجيل فإنه يعتبر من كل المال ، لانه لو تركه صح بأن يطلقها بـــلا بدل فصح تأجيله .

(لهما) أي لابي حنيفة وأبي يوسف « رح »(أن جميع المسمى بدل الرقبة حتى أجرى عليها) أي على بدل الرقبة ، وفي بعض النسخ عليها . قال الكاكي «رح» أي على الزيادة. وقال الأترازي « رح » والتأنيث بتأويل العين التي كوتب عليها، وإنما قال هذا دفعاً لوهم من يقول إن الكتابة صلة لأنه بدل ما ليس بمال وهو فك الحجر ، فكان كالخلـع ، وكان قياس محمد « رح » صحيحاً فقال إن له حكم العوض ، ولهذا لو كان بدل الكتابـــة داراً يأخذها الشفيع (أحكام الأبدال) من أخذ الحق بالشفعة وجريان بيع المرابحة وحـــق الحبس في المطالبة ، فإن لو باع داراً قيمتها ألف بألفين فالشفيع يأخذها بألفين ، وكذا لو باعها المشتري مرابحة يبيعها بألفين ، ولو أدى المشتري ألفـــاً وماطل في الف للبائع أن يحبسه .

(وحق الورثة متعلق بالمبدل فكذا بالبدل) لأن المبدل لما كان متقوماً كان حكم بدله حكمه ، فجميع المسمى متعلق به حق الورثة ، وما تعلق به حق الورثة جاز للمريض إسقاط ثلثه (والتأجيل إسقاط معنى) أي إسقاط حق الورثـــة معنى (فيعتبر) أي

من ثلث الجميع ، بخلاف الخلع ، لأن البدل فيه لا يقابل المال فلم يتعلق حق الورثة بالمبدل فلا يتعلق بالبدل ، ونظير هذا إذا باع المريض داره بثلاثة آلاف إلى سنة وقيمتها ألف ثم مات ولم يجز الورثة فعندهما يقال للمشتري أدّ ثلثي جميع الثمن حالا ، والثلث إلى أجله وإلا فانقض البيع ، وعنده يعتبر الثلث بقدر القيمة لا فيما زاد عليه لما بينا من المعنى.

التأجيل (من ثلث الجميع) أي جميع البدل (بخلاف الخلع ، لأن البدل فيه لا يقابل المال) لأن البضع في حالة الخروج لا يعتبر مالاً (فلم يتعلق حق الورثة بالمبدل ، فلا يتعلق بالبدل) أراد أن حق الورثة لم يتعلق بالمبدل لكونه غير مال ، فكذا لا يتعلق بالبدل . (ونظير هذا) أي نظير أصل المسألة المذكورة (إذا باع المريض داره بثلاثة آلاف إلى سنة ، وقيمتها ألف ثم مات ولم يجز الورثة) أي التأجيل (فعندهما) أي عند أبي حنيفة رحمه الله وأبي يوسف « رح » (يقال للمشتري أد ثلثي جميع الثمن حالاً ، والثلث إلى أجله) أى أداء الثلث إلى أجله الذي عينه (وإلا) أى وإن لم ترض بذلك (فانقض البيع وعنده) أى عند محمد « رح » (يعتبر الثلث بقدر القيمة لا فيما زاد عليه) أى على الثلث ، فيقال له عنده عجل ثلثي القيمة والباقي عليك إلى أجل (لما بينا من المعنى) أشار به إلى ما ذكر من الدليل من الطرفين .

والحاصل أن المكافأة في جميع الثمن وصية من الثلث عندهما، لأن التأجيل تبرع من المريض من حيث أن الوارث يصير ممنوعاً عن المال بسبب التأجيل كما يصير ممنوعاً بنفس التبرع وتبرع المريض يعتبر من ثلث المال وجميع الثمن هنا بدل الرقبة لجريان أحكام الابدال كما ذكرنا ، وعند محمد رحمه الله الأجل فيما زاد يصح من رأس المال ويعتبر في قدر القيمة من الثلث .

قال وإن كاتبه على الف إلى سنة وقيمته الفـــان ولم يجز الورثة ، يقـــال له أد ثلثي القيمة حالا أو ترد رقيقاً في قولهم جميعاً لان المحاباة ها هنا في القدر والتأخير فاعتبر الثلث فيهما .

(قال) أي في الجامع الصغير رحمه الله (وإن كاتبه على ألف إلى سنة وقيمته ألفان ولم يجز الورثة ، يقال له أد ثلثي القيمة حالاً أو ترد رقيقاً في قولهم جميعاً ، لأن المحـاباة ها هنا في القدر) وهو إسقاط ألف درهم (والتأخير) وهـــو تأجيل الألف الأخرى (فاعتبر الثلث فيهما) أي يصح تصرفه في ثلث قيمته في الإسقاط والتأخير ، لكن لما سقط ذلك الثلث لم يبق التأخير أيضاً ،ولم يصح تصرفه في ثلثي القيمة لا في حق الإسقاط ولا في حق التأخير والله أعلم .



باب من يكاتب عن العبد

قال وإذا كاتب الحر عن عبد بألف درهم ، فـإن أدى عنه عتق ، وإن بلغ العبد فقبل فهو مكاتب وصورة المسألة أن يقول الحر لمولى العبد كاتب عبدك على ألف درهم على اني إن أديت إليك ألفاً فهو حر فكاتبه المولى على هذا فيعتق بأدائه بحكم الشرط ، وإذا قبل العبد صار مكاتباً لان الكتابة كانت موقوفة على إجازته وقبوله إجازة ،

(باب من يكاتب عن العبد)

أى هذا باب في بيان من يكاتب بطريق الفضول أو النيابة عن العبد وتأخيره عن تصرفات الاصيل ظاهر البرهان .

(قال) أى في الجامع الصغير (وإذا كاتب الحر عن عبد بألف درهم فإن أدى عنه عتق ، وإن بلغ العبد فقبل فهو مكاتب) أى يصير مكاتباً وقوله عـن عبد ، أى قبل الحر الاجنبي عقد الكتابة عن العبد فضولياً ، وقيد بالحر احترازاً عن المسألة التي تليها .

(وصورة المسألة) أى المسألة المذكورة (أن يقول الحر لمولى العبد كاتب عبدك على الف درهم على انى إن أديت إليك الفاً فهو حر فكاتبه المولى على هذا فيعتق بأدائه)اى بأداء الحر ، وذا يصح من غير قبول العبد ولا نعلم فيه خلاف (بحكم الشرط) لانه تعليق العتق بأداء الالف (وإذا قبل العبد صار مكاتباً) خلافاً للثلاثة ، فان عندهم يبطل العقد ولا يتوقف (لأن الكتابة كانت موقوفة على إجازته) أي على إجازة العبـد (وقبوله إجازة) لأنه عقد جرى بين فضولي ومالك فيتوقف على إجازة من له الإجازة ، فإذا قبله كان ذلك إجازة منه ، فيصير مكاتبـاً ، لأن الإجازة في الانتهاء كالإذن في الابتداء ، ولو وكله العبد بذلك فقد عقده عليه فكذا إذا جاز بعد العقد .

ولو لم يقل على اني إن أديت إليك ألفاً فهو حر فأدى لا يعتق قياساً لانه لا شرط والعقد موقوف . وفي الاستحسان يعتق لانه لا ضرر للعبد الغائب في تعليق العتق بأداء القائل فيصح في حق هذا الحكم ، ويتوقف في حق لزوم الالف على العبد ، وقيل هذه هي صورة مسألة الكتاب • ولو أدى الحر البدل لا يرجع على العبد لانه متبرع

(ولو لم يقل على انى) أي لو لم يقل الحر المذكور لمولى العبد على (ان أديت إليك ألفاً فهو حر) بل قال كاتبه على الف فقال فعلت عليه (فأدى) أي فأدى الحر الألف(لا يعتق قياساً) وبه قالت الثلاثة (لأنه لا شرط) حتى يعتق بوجوده (والعقد موقوف) على إجازة العبد ، فإن أجاز جاز لما قلنا .

(وفي الاستحسان يعتق لأنه لا ضرر للعبد الغائب في تعليق العتق) أي في توقف العتق (بأداء القائل فيصح) أي العقد(في حق هذا الحكم ، ويتوقف في حق لزوم الألف على العبد) نظراً للعبد وتصحيحاً للعقد بقدر الإمكان .

فان قلت ما الفرق بينه وبين البيع ، فان بيع الفضولي يتوقف على إجازة المجيزفيما له وفيما عليه ، وهنا لا يتوقف فيما له قلت إن ما له ها هنا إسقاط وهو لا يتوقف على القبول وما عليه إلزام ، وهو يتوقف عليه .

(وقيل هذه هي صورة مسألة الكتاب) أراد أن المسألة التي قال فيها كاتب عبدك على الف ولم يقل على انى إن أديت إليك الفاً فهو حر هي صورة مسألة الجامع الصغير ، وأشار بهذا إلى أن شراح الجامع الصغير رحمهم الله اختلفوا في صورة المسألة فصورها بعضهم بما ذكره بقوله وصورة المسألة أن يقول ... إلى آخره ، وصورها آخرون بما ذكره في قوله ولو لم يقل على انى ... إلى آخره .

(ولو أدى الحر البدل لا يرجع على العبد ، لأنه متبرع) حيث لم يأمره بالأداء ولا هو مضطر في أدائه وحل له أن يسترد ما أدى إلى المولى إن أداه بحكم الزمان يسترده ، لأن

قال وإذا كاتب العبد عن نفسه وعن عبد آخر لمولاه وهو غائب فإن أدى الشاهد أو الغائب عتقا ، ومعنى المسألة أن يقول العبد كاتبني

ضمانه كان باطلا ، وصورته أن يقول كاتب عبدك على الف على إني ضامن يرجع عليه ، لأن ضمانه كان باطلا لأنه ضمن غير الواجب وإن أداه بغير ضمان لا يرجع لأنه متبرع ، فلو أدى البعض له أن يرجع ، سواء أدى بضمان أو غير ضمان ، ولكن لو أدى البعض بعد إجازة العبد لا يرجع ، لأن ثم حصل مقصود آخر وهو براءة ذمة العبد عن بعض البدل ، هذا إذا أراد أن يرجع على المولى قبل إجازة العبد ، فلو أراد الرجوع بعد إجازة العبد ، فلو أدى بحكم الضمان يرجع لما ذكرنا ، وإن أدى بغير الضمان لا يرجع سواء أدى الكل أو البعض ، هذا إذا قال الحر للمولى كاتب عبدك على الف .

فان قال أعتقه بألف فهو على أربعة أوجه ، إما أن يقول أعتقه بألف ولم يزد عليه ، أو قال أعني بألف أو قال أعتقه بألف ، أو قال أعتقه عن نفسك بألف علي ، ففي الأول لا يجب على الفضولي شيء إذا أعتقه . ولو أدى يسترد منه ، ولو استهلكه يضمنه . وفي الثاني يقع العتق عن الأمر ويلزمه المال عند علمائنا الثلاثة رحمهم الله استحساناً اقتضاء . وفي الثالث لا يلزمه شيء من المال ،لأن الولاء يثبت للمأمور فهو المنتفع بملكه فلا يستوجب البدل على الأمر لأنه منفعة للزوج في إيقاع الطلاق ، كذا ذكره شمس الأئمة السرخسي رحمه الله والصدر الشهيد ، وذكر شيخ الإسلام خواهر زاده «رح» أن المال يلزم الأمر بالإعتاق ويقع العتق عنه ، لأن قوله على إيجاب ضمان على نفسه ،ولا حجة له إلا بعد وقوع العتق عنه . وفي الوجه الرابع لا يلزمه المال وله أن يسترده إذا أداه إليه كما في قوله كل طعامك بعوض علي ، بخلاف قوله طلق امرأتك عن نفسك بألف علي حيث يلزمه الألف لما ذكرنا ، كذا في جامع شيخ الاسلام .

(قال) أي محمد في الجامع الصغير (وإذا كاتب العبد) أي إذا كاتب المولى عبداً (عن نفسه وعن عبد آخر لمولاه وهو غائب) بجر غائب لأنه لا صفة لقوله عبد آخر (فان أدى الشاهد أو الغائب عتقا) أي الشاهد والغائب جميعاً (ومعنى المسألة) أراد شرح المسألة المذكورة المنقولة من الجامع الصغير (أن يقول العبد كاتبني بألف درهم على

بألف درهم على نفسي وعلى فلان الغائب ، وهذه الكتابة جائزة استحساناً . وفي القياس يصح على نفسه لولايته عليها ، ويتوقف في حق الغائب لعدم الولاية عليه . وجه الاستحسان أن الحاضر بإضافة العقد إلى نفسه ابتداء جعل نفسه فيه اصلا والغائب تبعاً ، والكتابة على هذا الوجه مشروعة كالأمة إذا كوتبت دخل أولادها في كتابتها تبعاً ، حتى عتقوا بأدائها . وليس عليهم من البدل شيء .

نفسي وعلى فلان الغائب ، وهذه الكتابة جائزة استحساناً . وفي القياس يصح) أي الكتابة (على نفسه لولايته عليها ، ويتوقف في حق الغائب لعدم الولاية عليه) كما لو جمع بين عبده وبين عبد غيره فباعها . وعند الثلاثة لا يصح في حق العبد الغائب

(وجه الاستحسان أن الحاضر بإضافة العقد إلى نفسه ابتداء جعل نفسه فيه أصلا والغائب تبعاً ، والكتابة على هذا الوجه مشروعة كالأمة إذا كوتبت دخل أولادها في كتابتها تبعاً حتى عتقوا بأدائها ، وليس عليهم من البدل شيء) فاذا نفذ العقد فلا يتوقف على قبول الغائب شيء من بدل الكتابة ، ولا يعتبر رده الكتابة إجازة . ولو اكتسب شيئاً لا يأخذه المولى من يده وليس للمولى أن يبيعه من غيره ولو أبرأه المولى أو وهبه بدل الكتابة لا يصح ، إذ ليس عليه شيء من البدل ، أما لو أبرأ الحاضر أو وهبه البدل عتقا جميعاً ، كذا ذكره المحبوبي وغيره .

فان قيل ليس ما نحن فيه كالمستشهد بها ، لأن الأولاد تابعة لها من كل وجه ، حتى أن المولى لو أعتق الأولاد لم يسقط من البدل شيء ويعتق الأولاد ، إذ لا عتق لمولى الأم ، بخلاف العبد الغائب ، فانه مقصود بالكتابة من وجه ، حيث أضيف العقد إليهما مقصوداً ، حتى أن المولى إذا أعتق الحاضر نفذ عتقه وبطلت الكتابة ، ولا يعتق العبد الغائب سقطت حصته من الكتابة ، ويجب على الحاضر حصته لا غير ، ولا يلزم من نفوذ ما هو تبع محض بلا توقف على قبول نفوذ مما هو مقصود من وجه بلا توقف . فالجواب أن ما ذكرت يجوز أن يكون وجها القياس ، وأما في الاستحسان فالنظر إلى ثبوت العقد

وإذا أمكن تصحيحه على هذا الوجه يتفرد به الحاضر ، فله أن ياخذه بكل البدل ، لان البدل عليه لكونه أصيلا فيه ، ولا يكون على الغائب من البدل شيء لأنه تبع فيه . قال وأيهما أدى عتقا ويجبر المولى على القبول ، أما الحاضر فلان البدل عليه ، وأما الغائب فلأنه ينال به شرف الحرية ولم يكن البدل عليه ، وصار كمعير الرهن إذا أدى الدين يجبر المرتهن

التبعية في البعض من غير نظر في أن يكون فيه جهة أصالة أولاً تصحيحاً للعقد ونظر المكاتب ولاشتماله على المسامحة .

(وإذا أمكن تصحيحه على هذا الوجة ينفرد به الحاضر فله) أي فللمولى (أن يأخذه) أي أن يأخذ العبد الحاضر (بكل البدل ، لأن البدل عليه لكونه أصيلا فيه ، ولا يكون على الغائب من البدل شيء ، لأنه تبع فيه) أي في العقد ، وهذا بذلك على أن النظر في مجرد التبعية لا معتبر بجهة الأصالة في انعقاد العقد عليه .

(قال) أي في الجامع الصغير (وأيهما أدى عتقا) أي الشاهد والغائب ، قيل هذا تكرار ، لأنه قال في اول المسألة فان ادى الشاهد او الغائب عتقا . وأجيب بأنه إعادة تمهيداً لقوله (ويجبر المولى على القبول) وفي القياس لا يجبر في الغائب ، وبه قالت الثلاثة ، لأن الغائب متبرع غير مطالب بشيء من البدل ، ولكن الاستحسان ان يجبر عليه حتى يعتقا جميعاً بأداء الغائب ، لأن حكم العقد ثبت في الغائب فيما لا يضر به ، ولكنه بمنزلة البيع بحكم العقد في حق الحاضر . وفي جامع المحبوبي الا انه يقبل منه المال حالاً ولا يمكنه من السعاية على نجوم الحاضر نص عليه محمد في المكاتب .

وأشار المصنف إلى وجه الاستحسان بقوله (اما الحاضر فلان البدل عليه ، واما الغائب فلانه ينال به شرف الحرية وإن لم يكن البدل عليه ، وصار كمعير الرهن إذا ادى الدين) بأن استعار إنسان من آخر شيئاً ليرهن ثم ادى المعير الدين (يجبر المرتهن

على القبول لحاجة إلى استخلاص عينه وإن لم يكن الدين عليه .
قال وأيهما أدى لا يرجع على صاحبه ، لأن الحاضر قضى ديناً عليه والغائب متبرع به غير مضطر إليه . قال وليس للمولى أن يأخذ العبد الغائب بشيء لما بينا ، فإن قبل العبد الغائب أو لم يقبل فليس ذلك منه بشيء ، والكتابة لازمة للشاهد ، لأن الكتابة نافذة عليه

على القبول لحاجته إلى استخلاص عينه) وفي بعض النسخ إلى استخلاص الرهن عنه (وإن لم يكن الدين عليه) اي على معير الرهن ، فكذا هنا يجبر المولى على القبول من الغائب وإن لم يكن البدل عليه ، لأنه محتاج الى استفادة الحرية .

(قال وأيهما أدى لا يرجع على صاحبه ، لأن الحاضر قضى ديناً عليه) ومثله لا يرجع (والغائب متبرع به غير مضطر فيه [1]) أي من جهة الحاضر ، بخلاف معير الرهن ، فانه مضطر فيه .

فان قيل الغائب ها هنا معير الرهن مضطر ، ولهذا يرجع على المستعير بما أدى ، فكيف قال غير مضطر إليه . فالجواب أنه كهو في جواز الأداء من غير دين عليه لا في الاضطرار ، فان الاضطرار إنما هو إذا فات له شيء حاصل ، وها هنا ليس كذلك ، بل إنما هو بعوضية أن يحصل له الحرية ، وهذا كما يقال عدم الربح لا يسمى خسراناً .

فان قلت حق الحرية حاصل بالكتابة فانه لو لم يؤده فكان مضطراً . قلت هو متوهم ، وهو حق الرجوع لم يكن ثابتاً فلا يثبت به .

(قال وليس للمولى أن يأخذ العبد الغائب بشيء لما بينا) أراد قوله لانه تبع فيه (فإن قبل العبد الغائب أو لم يقبل فليس ذلك منه بشيء) يعني لا يؤثر قبوله في لزوم بدل الكتابة عليه ، وكذلك رده لا يؤثر في رد عقد الكتابة عن الحاضر (والكتابه لازمة للشاهد ، لأن الكتابة نافذة عليه) أراد بالشاهد العبد الحاضر ، يعني أن الكتابة لزمت الحاضر قبل إجازة الغائب ، فبعد إجازته لا يتغير ذلك ، والأصل هذا لم يكن للمولى أن

---

(١) إليه – هامش .

من غير قبول الغائب فلا يتغير بقبوله كمن كفل من غيره بغير أمره فبلغــه فأجازه لا يتغير حكمه ، حتى لو أدى لا يرجع عليه ، كذا هذا . قال وإذا كاتبت الأمة عن نفسها وعن ابنين لها صغيرين فهو جائز ، وأيهم أدى لم يرجع على صاحبه ، ويجبر المولى على القبول

يأخذ الغائب وإن قبل (من غير قبول الغائب ، فلا يتغير بقبوله) يعني أن الكتابة قبل القبول نافذة على الشاهد من غير وجوب البدل ، فلا يتغير بقبوله ، فليس للولى أن يأخذه بشيء من بدل الكتابة . (كمن كفل من غيره بغير أمره فبلغه فأجازه لا يتغير حكمه ، حتى لو أدى لا يرجع عليه ، كذا هذا) أي حكم الغائب .

(قال وإذا كاتبت الأمة عن نفسها وعن إبنين لها صغيرين فهـو جائز) يعني إذا قبلت عقد الكتابة عن نفسها وعن ابنيها فالعقد جائز والحكم في العبد كذلك ، وليس في وضع المسألة في أمة فائدة سوى ما ذكره الفقيه أبو جعفر في كشف الغوامض أن رواية الجامع من الفائدة ما ليس في مكاتب المبسوط فان هناك المسألة فمن كاتب عبــداً عن نفسه وأولاده الصغار ، فلولا رواية الجامــع الصغير لكان لقائل أن يقول للاب على الصغير من الولاية ماليس للام ، فرواية الجامع الصغير تبين أن ذلك كله سواء ، وفائدة وضع المسألة في الصغيرين وإن كان في الكبيرين كذلك هي ترتيب ما ذكره من الجواب بقوله وأيهــم أدى لم يرجع على صاحبه ويعتقون ، لأنه لولا هذا الوضع كان لقائل أن يقول في مثل هذا الموضع إذا أدى أحــد الإبنين ينبغي أن لا يعتق الإبن الآخر ، لأنه لا أصالة بينهما ولا تبعية ، بخلاف الأمة وابنها ، فان أداء الأم كأداء إبنها بطريق أنها تستتبعه ، وكذلك أداء الابن كأداء أمه لدخوله في كتابتها تبعاً . أما أداء رهن الابن ليس كأداء أخيه لما انه لا تبعية بينهما ، ولهذا وضــع هذه المسألة في المبسوط في الأولاد الصغار ليفيــد هذه الفائدة ، ولكن اختار في الجامع لفظ التثنية لأنه أقل ما يتحقق فيه هذه الفائدة . وقال تاج الشريعة إنما قيد بالصغيرين ليجوز مطلقاً قياساً واستحساناً .

(وأيهم أدى لم يرجع على صاحبه ويجبر المولى على القبول ويعتقون لأنها جعلت نفسها

ويعتقون ، لانها جعلت نفسها أصلا في الكتابة وأولادها تبعاً على ما بينا في المسألة الأولى وهي أولى بذلك من الأجنبي .

أصلا في الكتابة وأولادها تبعاً على ما بينا في المسألة الاولى) وهي كتابة العبد عن نفسه وعن العبد الغائب ، وذلك أن الام إذا أدت فقد أدت ديناً على نفسها، وكل من الولدين إن أدى فهو متبرع غير مضطر ، وفي ذلك لا رجوع .

فان قلت إذا أدى أحدهماينبغي أن لا يعتق الابن الآخر ، لأنه لا أصالة بينهما ولا تبعية . قلت إن أحدهما إذا أدى كان أداؤه كأداء الأم لأنه تابع لها من كل وجه . ولو أدت الأم عتقوا ، فكذا إذا أدى أحدهما .

(وهي أولى بذلك من الأجنبي) أي الأم أولى بذلك من الاجنبي . قال تاج الشريعة أي من العبد الاجنبي ، أي لما جاز هذا العقد في حق الاجنبي على ما ذكر في المسألة الاولى فأولى أن يجوز عند الام في حق ولدها ، لان ولدها أقرب إليها من الاجنبي .قال صاحب العناية لعله إشارة إلى ما ذهب إليه بعض المشايخ أن ثبوت الجواز هنا قياس واستحسان ، لان الولد تابع لها ، بخلاف الاجنبي وأرى انه الحق والله أعلم . قلت أشار بذلك إلى ما قاله تاج الشريعة بقوله إنما قيد الصغيرين ليجوز مطلقاً قياساً واستحساناً ، وقد ذكرناه آنفاً .



باب كتابة العبد المشترك

قـــال وإذا كان العبد بين رجلين أذن أحدهما لصاحبه أن يكاتب نصيبه بألف درهم ويقبض بدل الكتابة ، فكاتب وقبض بعض الألف ثم عجز فالمال للذي قبض عند أبي حنيفة « رح » . وقـــالا هو مكاتب بينهما ، ومـا أدى فهو بينهما . وأصله أن الكتابة تتجزأ عنده ، خلافاً لهما ، بمنزلة العتق ، لأنها تفيد الحرية من وجـــه فتقصر على نصيبه عنده

(باب كتابة العبد المشترك)

أي هذا باب في بيان أحكام العبد المشترك ، ولما كان الواحد قبل الاثنين قدم حكم كتابة الواحد ، ثم أعقبه بحكم كتابة الاثنين وما فوقها .

(قال) أي في الجامع الصغير (وإذا كان العبد بين رجلين) وفي بعض النسخ بين شريكين وهي أولى (أذن أحدهما لصاحبه أن يكاتب نصيبه) بأن قال كاتب نصيبك من العبد (بألف درهم ويقبض) بنصب الضاد ، أي وأن يقبض (بدل الكتابة فكاتب وقبض بعض الألف ثم عجز فالمال للذي قبض عند أبي حنيفة رحمه الله) .

(وقالا هو مكاتب بينهما) أي بين الشريكين (وما أدى) أي المكاتب من المـال (فهو بينهما) أي بين الشريكين (وأصله) أي أصل الاختلاف . وقال الكاكي أصل قوله فالمال للذي قبض (أن الكتابة تتجزأ عنده) أي عند أبي حنيفـــة (خلافاً لهما بمنزلة الاعتاق) أي بمنزلة تجزؤ الإعتاق عنده خلافاً لهما. ولما كانت لا تجزأ عندهما كان بكتابة أحدهما نصيبه صار كله مكاتباً على ما يجيء الآن (لأنها) أي لأن الكتابة (تفيد الحرية من وجه) لأنه يكون حراً من حيث اليد (فتقتصر على نصيبـــه عنده) أي فتقتصر

للتجزؤ . وفائدة الاذن أن لا يكون له حق الفسخ كما يكون له إذا لم يأذن وإذنه له بقبض البدل

الكتابة على نصيب المكاتب بكسر التاء عند أبي حنيفة رحمه الله (للتجزؤ) أي لأجل تجزؤ الكتابة .

(وفائدة الإذن) هذا جواب عن سؤال مقدر تقريره أن يقال إذا كانت الكتابة تتجزأ فما الفائدة في إذن أحدهما للاخر بالكتابة ، فقال وفائدة الإذن (أن لا يكون له) أي الشريك الذي لم يكاتب (حق الفسخ كما يكون له إذا لم يأذن، وإذنه له بقبض البدل) أي الشريك الذي لم يكاتب .

قال الكاكي إنما ذكر هذا، يعني قوله وفائدة الإذن لئلا يتوهم أن الإذن شرط في حق جواز كتابة نصيبه ، فإنه لو كاتب نصيبه صحت الكتابة ونفذت بالإجماع عند أبي حنيفة « رح » في نصيبه ، وعندهما في الكل ويثبت للساكت حق الفسخ بالاتفاق ، فلو لم يفسخ حتى أدى البدل عتق حظه عند أبي حنيفة ، وللساكت أن يأخذ من المكاتب نصف ما أخذ من البدل ، لأنه عبد مشترك . قلت كيف يقول نفذت بالاجماع وفيه خلاف مالك والشافعي « رح » على ما نبين، فنقول أن إذن أحدهما الشريكين للآخر بالكتابة جازت، خلافاً لمالك والشافعي « رح » في قول ، وبغير الاذن أيضاً يجوز عندنا ، ولكن لصاحبه نقضه . وقال الشافعي ومالك لا يجوز . وقال أحمد والحسن وابن أبي ليلى يجوز بغير الاذن أيضاً ولا ينقضه صاحبه ، فإذا أدى العبد البدل ومثله للساكت يعتق .

فإن قيل الكتابة إما أن يعتبر فيها معنى المعاوضة أو معنى الاعتاق أو معنى تعليق العتق بأداء المال . ولو وجد شيء من ذلك من أحد الشريكين بغير إذن صاحبه ليس للآخر ولاية الفسخ ، فمن أين الكتابة . أجيب بأن الكتابة ليست عين كل واحد من المعاني المذكورة ، وإنما هي تشتمل عليها ، فيجوز أن يكون لها حكم يختص وهو ولاية الفسخ لمعنى توجيه ، وهو إلحاق الضرر ببطلان حق البيع للشريك الساكت بالكتابة ، ويصرف الانسان في خالص حقه إنما يتنوع إذا لم يقصر به الغير ، ثم المحل وهي الكتابة تقبل الفسخ ، ولهذا ينفسخ بتراضيهما فيتحقق المقتضى، وانتفى المانع .

اذن للعبد بالأداء فيكون متبرعاً بنصيبه عليه ، فلهذا كان كل المقبوض له ،

وأما المعاني المذكورة فالمعاوضة وإن قبلت الفسخ لكن ليس فيها ضرر لصاحبه ، فإنه إذا باع نصيبه لم يبطل على صاحبه بيع نصيبه والاعتاق والتعليق وإن كان فيها ضرر ، لكن المحل لا يقبل الفسخ ، أما الاعتاق فظاهر ، وأما التعليق فلأنه يمين .

ثم اعلم أن هذا الذي ذكرنا إذا كاتبه أحد الشريكين ، فأما إذا كاتبه الشريكان معاً كتابة واحدة يجوز ، وبه قالت الثلاثة ، فإذا أدى إلى أحدهما حصته لم يعتق نصيبه أو وهب له عتق . ثم المكاتب بالخيار بعد اعتاق أحدهما إن شاء عجز ويكون الشريك بالخيار بين التضمين والسعاية في نصف القيمة ، والعتق في قول أبي حنيفة رحمه الله وبين العتق والسعاية إن كان معسراً ، وعند أبي يوسف رحمه الله يضمن المعتق إن كان موسراً ويسعى العبد من نصف قيمته إن كان معسراً ، وعند محمد « رح » يضمن الأقل من نصف القيمة ونصف ما بقي من كتابته ، وكذا العبد يسعى في الأقل عند البدل ، أي بدل الكتابة .

(أذن للعبد بالأداء فيكون) أي الشريك الآذن (متبرعاً بنصيبه) من الكسب (عليه) قال صاحب العناية أي على المكاتب ، فلهذا كان كل المقبوض له، ويجوز أن يكون ضمير عليه للعبد ،أي فيكون الآذن متبرعاً بنصيبه على العبد . قلت فيه تعسف والضمير للعبد كما قال غيره من الشراح (فلهذا) أي فلاجل كون الشريك الآذن متبرعاً بنصيبه من الكسب (كان كل المقبوض له) أي للشريك الكاتب ، ثم إذا تبرع الآذن يقبض الشريك لم يرجع .

فإن قيل المتبرع يرجع بما تبرع إذا لم يحصل مقصوده من التبرع كمن تبرع بأداء الثمن عن المشتري ثم هلك المبيع قبل القبض أو استحق كان له الرجوع لعدم حصول مقصوده من التبرع وسلامة المبيع للمشتري ، وكمن تبرع بالمهر عن الزوج ثم جاز الفرقة من جهتها قبل الدخول يرجع بما تبرع ، لأن مقصوده سلامة البضع للزوج ولم يحصل وها هنا أيضاً مقصوده بالتبرع حصول عتقه ولم يحصل بالعجز .

وعندهما الاذن بكتابة نصيبه اذن بكتابة الكل لعدم التجزيء فهو أصيل في النصف وكيـــل في النصف فهو بينهما والمقبوض مشترك بينهما فيبقى كذلك بعد العجز . قال وإذا كانت جارية بين رجلين كاتباها فوطئها أحدهما

أجيب بأن المتبرع عليه هو المكاتب من وجـــه من حيث أن مقصـــود الأول قضاء دينه من ماله وبعد العجز صار عبداً له من كل وجه ، والمولى لا يستوجب على عبـــده شيئاً ، بخلاف البائع أو الزوج ، لأن ذمتهما صالحـــة لوجوب دين المتبرع فيثبت له حق الرجوع إذا لم يحصل مقصوده . وفي الكاكي ليس للساكت أن يأخذ منه نصيبـه ، لأن الاذن له بقبض البدل إذن للمكاتب بالأداء والاذن بالأداء تبرع منه بنصيبه من الكسب على المكاتب وقد تم بقبض المكاتب فسلم كله كرب الوديعه إذا أمر المودع بقضاء دينه من الوديعة فقضى لم يبق لرب الوديعة عليه سبيل ، هكذا هذا إلا إذا نهاه قبل الأداء فيصح نهيه لأنه تبرع ولم يتم .

ولو أذن وهو مريض وأدى من كسب بعض الكتابة صح من كل ماله ، لأن الكسب إذا لم يكن موجوداً حالة الاذن فالآذن لم يتبرع بشيء من مـاله حتى يعتبر من الثلث ، وإنما يتبرع لمنافع العبد حيث اذن له بصرفها في أداء بدل الكتابة وتبرع المريض بالمنافع يعتبر من جميع المال لا من الثلث ، لأن حق الورثة يتعلق بالأعيـــان لا بالمنافع ، وإن كان قد اكتسب قبل الكتابة فأذن له في أداء بدل الكتابة يعتبر من الثلث لوجود الكسب وقت الاذن ، وتعلق حق الورثة .

(وعندهما الاذن بكتابة نصيبه اذن بكتابة الكل لعدم التجزيء فهو) أي الشريك المكاتب (أصيل في النصف) الذي له (وكيل في النصف) الذي لشريكه (فهو) أي البدل (بينهما والمقبوض مشترك بينهما فيبقى كذلك بعد العجز) أي كما لو كاتباه فعجز وفي يده من الاكساب فهي بينهما فكان المصنف مال إلى قولهما ، فلذلك أخره فافهم .

(قال) أي في الجامع الصغير (وإذا كانت جارية بين رجلين كاتباها فوطئها أحدهما

فجاءت بولد فادعاه ثم وطئها الآخر فجاءت بولد فادعاه ثم عجزت فهي أم ولد للأول ، لأنه لما ادعى أحدهما الولد صحت دعوته لقيام الملك له فيها ، وصار نصيبه أم ولد له ، لأن المكاتبة لا تقبل النقل من ملك إلى ملك فتقتصر أمومية الولد على نصيبه كما في المدبرة المشتركة

فجاءت بولد فادعـاه) أي فادعى الواطىء الولد وصحت دعوته وثبت النسب منه (ثم وطئها الآخر فجاءت بولد فادعاه) أي فادعى الواطىء الآخر الولد وصحت دعوتـــه وتثبت النسب منه كما في المدبرة المشتركة فإنه يقتصر امية الولد فيها على نصيبه بالاجماع (ثم عجزت فهي أم ولد للاول) أي الجارية كلهـــا تصير أم ولد للواطىء الأول بطريق التبيين .

(لأنه لما ادعى أحدهما الولد صحت دعوته لقيام الملك له فيها) أي في نصيبه وفي بعض النسخ فيها أي في الجارية (وصار نصيبه أم ولد له) بنـــاء على أن الاستيلاد في المكاتبة يتجزأ عند أبي حنيفة « رح »،لأنه لا وجه لتكميل الاستيلاد إلا بتملك نصيب صاحبه ، وهذا لا يمكن ، أشار إليه بقوله (لأن المكاتبة لا تقبل النقـــل من ملك إلى ملك) بسائر الأسباب ، فكذا بالاستيلاد (فتقتصر امومية الولد على نصيبه)أي إذا كان الأمر كذلك يقتصر كون الجاريـــة أم ولد على نصيب الواطىء الأول (كما في المدبرة المشتركة) بأن استولدها أحدهما فإنه تقتصر أمومية الولد على نصيبه بالاجماع فيتحرى الاستيلاد بالاتفاق والمشتركة الجامع أن كلا من الكتابـــة والتدبير يمنع الانتقال من ملك إلى ملك .

فإن قلت التدبير لا يقبل الفسخ والكتابة تقبل فجاز أن يكون الاقتصار على النصف في المدبرة لعدم قبول التدبير للانفساخ . قلت الاقتصار لعدم قبول التدبير الانتقال من ملك إلى ملك على أنا نقول الكتابة لازمة في حق المولى أيضاً .

فإن قلت جاز أن تنفسخ الكتابـــة بعجزها . قلت جاز أن ينفسخ التدبير الاقتصار أيضاً بقضاء القاضي .

ولو ادعى الثاني ولدها الأخير صحت دعوته لقيام ملكه ظاهراً ، ثم إذا عجزت بعد ذلك جعلت الكتابة كأن لم تكن وتبين أن الجارية كلها ام ولد للأول ، لأنه زال المانع من الانتقال ، ووطؤه سابق ، ويضمن لشريكه نصف قيمتها ، لأنه تملك نصيبه لما استكمل الاستيلاد ونصف عقرها لوطئه جارية مشتركة ، ويضمن شريكه كمال العقر وقيمة الولد ، ويكون ابنه ، لأنه بمنزلة المغرور ، لأنه حين وطئها كان ملكه قائماً ظاهراً وولد المغرور ثابت النسب

(وإذا ادعى الثاني ولدها الأخير صحت دعوته لقيام ملكه ظاهراً) قيد بقوله ظاهر ، لأن الظاهر أن تمضي على كتابتها فان ملكه باقياً ، وأما بالنظر إلى التعجيز لم يبق ملكه فيها (ثم إذا عجزت بعد ذلك جعلت الكتابة كأن لم تكن ، وتبين أن الجارية كلها أم ولد للاول ، لأنه زال المانع من الانتقال ووطؤه سابق) فتصير أم ولد من ذلك الوقت ، لأن السبب هو الوطء فصار كما إذا سقط الخيار يثبت الملك للمشتري من وقت العقد حتى يستحق الزوائد .

(ويضمن لشريكه نصف قيمتها) أي نصف قيمة الجارية (لأنه تملك نصيبه لما استكمل الاستيلاد ونصف عقرها) أي ويضمن أيضاً نصف عقر الجارية (لوطئه جارية مشتركة) أي لأجل وطئه الجارية المشتركة (ويضمن شريكه) أي شريك الثاني (كمال العقر) أي عقر الجارية ، فيكون النصف بالنصف قصاصاً ، ويبقى للاول على الثاني نصف العقر (وقيمة الولد) أي ويضمن أيضاً قيمة الولد (ويكون) اى الولد (ابنه) بالنظر الثاني بالنظر إلى الظاهر والحقيقة كما بالنظر إلى الظاهر ، فيكون الولد ابنه ، أي ابن الثاني بالنظر إلى الظاهر ، فيكون الولد ابنه بالقيمة (لأنه بمنزلة المغرور ، لأنه حين وطئها كان ملكه قائماً ظاهراً) لأن وطئها على حسبان ان نصفها ملكه ، وظهر بالعجز بطلان الكتابة فتبين ان لا ملك له ، فصار كالمغرور (وولد المغرور ثابت النسب

منه حر بالقيمة على ما عرف ، لكنه وطىء أم ولد الغير حقيقة فيلزمه كمال العقر ، وأيهما دفع العقر إلى المكاتبة جاز ، لأن الكتابة ما دامت باقية فحق القبض لها لاختصاصها بمنافعها وأبدالها . وإذا عجزت ترد العقر إلى المولى لظهور اختصاصه ، وهذا الذي ذكرنا كله قول أبي حنيفة « رح » . وقال أبو يوسف ومحمد « رح »

منه حر بالقيمة على ما عرف) في موضعه في باب الاستيلاد ، وأما بالنظر إلى الحقيقة فلزوم كمال العقر ، أشار إليه بقوله (لكنه وطىء ام ولد الغير حقيقة فيلزمه كمال العقر) .

فإن قيل فعلى هذا ينبغي أن لا يضمن الثاني قيمة الولد للاول عند أبي حنيفة ، لأن حكم ولد أم الولد حكم أمه ، ولا قيمة لأم الولد عنده ، فكذا لابنها . أجيب بأن هذا على قولهما ، وأما على قوله فليس عليه ضمان قيمة الولد . قيل هذا ليس بشيء ، والجواب الصحيح أن عند أبي حنيفة روايتان في تقوم أم الولد ، فيكون الولد متقوماً على أحدهما ، فكان حراً بالقيمة . وقيل عدم تقومها ليس على الإطلاق ، بل متقوم في الجملة فإنه لو كاتب أم ولده جاز بالاتفاق وفيه نظر ، لأن جواز كتابتها لا يدل عند تقومها لاحتمال أن تنعقد الكتابة في حقها بمعنى التعليق لا المعاوضة .

وأجيب بأنه لا يسلم انعقادها تعليقاً بدليل ردها إلى الرق عند العجز ويبطل الكتابة ، ولا يمكن إبطال التعليق بوجه . قيل إبطاله عند العجز لفوات وصف الشرط وهو أن يؤدي كل شهر كذا ، وعند العجز فات هذا الوصف . وأجيب بأنه لو كان كذلك لم يكن إبقاء عند الكتابة إذا لم يطلب المولى ورده إلى الرق . ولما صح إبطاله يطلب إلى المولى عند العجز وبقاء عند عدم طلبه دل أنه انعقد كتابة لا تعليقاً .

(وأيهما دفع العقر إلى المكاتبة) يعني قبل العجز (جاز ، لأن الكتابة مادامت باقية فحق القبض لها لاختصاصها بمنافعها وأبدالها) بفتح الهمزة جمع بدل (وإذا عجزت ترده) أي العقر (إلى المولى لظهور اختصاصه) أي اختصاص المولى به (وهذا الذي ذكرنا كله قول أبي حنيفة رحمه الله . وقال أبو يوسف ومحمد « رح » هي أم ولد للاول) وهي مكاتبة له تعتق بأداء البدل إلى الأول .

هي أم ولد للأول ، ولا يجوز وطء الآخر ، لأنه لما ادعى الأول الولد صارت كلها أم ولد له،لأن أمومية الولد يجب تكميلها بالإجماع ما أمكن وقد أمكن بفسخ الكتابة لأنها قابلة للفسخ فتفسخ فيما لا تتضرر به المكاتبة وتبقى الكتابة فيمـــا وراءه . بخلاف التدبير لأنه لا يقبل الفسخ ، وبخلاف بيع المكاتب لأن في تجويزه ابطال الكتابة ، إذ المشتري لا يرضى ببقائه مكاتباً .

(ولا يجوز وطء الآخر) أي الثاني من الشريكين (لأنه) أي لأن الشأن (لما ادعى الأول الولد صارت أم ولد للاول ، لان امومية الولد يجب تكميلها بالاجماع ما أمكن) لان الاستيلاد وطلب الولد وانه يقع بالفعل والفعل لا يتجزأ ، ولكن كذا مايثبت به ، ولهذا لا يكمل في القنة بالإجماع (وقد أمكن) أي تكميل الاستيلاد هـــاهنا (بفسخ الكتابة لأنها قابلة للفسخ فتفسخ) تكميلا للاستيلاد (فيما لا تتضرر به المكاتبة) وهو أمومية الولد لانه لا ضرر لها فيها، بل لها فيها نفع حيث لم يبق محلا للابتدال بالبيع والهبـــة، ويعتق مجاناً بعد موت المولى (وتبقى الكتابة فيما وراءه) ما لا يتضرر وهو كونها أحق في أكسابها وأكساب ولدها وسقوط الحد عن الثاني في وطئه .

(بخلاف التدبير) جواب عن قياس أبي حنيفة المنازع فيه على المدبرة المشتركـة . وتقريره أن المدبر خلاف ذلك (لانه لا يقبل الفسخ) يعني إلا إذا استولد مدبرة مشتركة فإنه لا يكمله ، ويقتصر على نصيب المستولد لانه لا يمكن تكميلها ، إذ التدبير لا يقبل الفسخ فيكون مانعاً للنقل من ملك إلى ملك (وبخلاف بيع المكاتب) هـذا جواب عن سؤال يرد على المدبرة بأن قيل هلا قلتم بفسخ الكتابـــة ضمناً لصحة البيع فيما إذا باع المكاتب كما قلتم بفسخ الكتابة ضمناً لصحة الاستيلاد فقال (لانه في تجويزه) أي البيـع (إبطال الكتابة ، إذ المشتري لا يرضى ببقائه مكاتباً) ولو أبطلناهايتضرر به المكاتب وفسخ الكتابة فيما يتضرر به المكاتب لا يصح ، وقيل يجوز أن يكون قوله وبخلاف بيع المكاتب بياناً لقوله وتبقى الكتابـة فيما وراءه ، فإن البيع لا يتضرر بـــه فتبقى الكتابـة كما كانت .

وإذا صارت كلها أم ولد له فالثاني واطيء أم ولد الغير فلا يثبت نسبة الولد منه ، ولا يكون حراً عليه بالقيمة ، غير انه لا يجب الحد عليه للشبهة ويلزمه جميع العقر، لأن الواطيء لا يعرى عن أحد الغرامتين .

وإذا بقيت الكتابة وصارت كلها مكاتبة له قيل يجب عليها نصف بدل الكتابة ، لأن الكتابة انفسخت فيما لا يتضرر بـــه المكاتبة ولا تتضرر بسقوط نصف البدل . وقيل يجب كل البدل لأن الكتابة لم تنفسخ إلا في حق التملك ضرورة ، فـــلا يظهر في حق سقوط نصف البدل وفي ابقائه

(وإذا صارت كلها أم ولد له) أي للاول ، هذا كلام متصل بقوله صارت كلها أم ولد للاول يعني لما ادعى الأول صارت كلها أم ولد له (فالثاني وطيء أم ولد الغير فلا يثبت نسب الولد منه ، ولا يكون حراً عليه بالقيمة ، غير انه لا يجب الحد عليه للشبهة) وهي شبهة كونها مكاتبة بينهما بدليل ما ذكره أبو حنيفة . أو انها تبقى مكاتبة فيما يتضرر به بالإجماع ولا حد على واطيء مكاتبته (ويلزمه جميع العقر ، لأن الواطيء لا يعرى عن إحدى الغرامتين) وهما الحد والعقر .

(وإذا بقيت الكتابة) متصلة بقوله وتبقى الكتابة فيما وراء ما لا يتضرر (وصارت كلها مكاتبة له) أي للأول (قيل) هذا أجزأ إذا بقيت ، وقائله الأتريدي (يجب عليها نصف بدل الكتابة ، لأن الكتابة انفسخت فيما لا يتضرر به المكاتبة) لأن الكتابـــة انفسخت فيما لا يتضرر به المكاتبة (ولا يتضرر بسقوط نصف البدل . وقيل) وهو قول عامة المشايخ (يجب كل البدل ، لأن الكتابة لم تنفسخ إلا في حـــق التملك ضرورة) أي لضرورة تكميل الاستيلاد (فلا يظهر في حق سقوط نصف البدل) لأن الثابت بالضرورة لا يتعدى فيبقى العقد الأول كما كان .

(وفي إبقائه) أي إبقاء عقد الكتابة قيل يجوز أن يكون هـــذا جواباً عما يقال

في حقه نظر للمولى . وإن كان لا يتضرر المكاتبة بسقوطه والمكاتبة هي التي تعطى العقر لاختصاصها بابدال منافعها . ولو عجزت وردت في الرق يرد إلى المولى لظهور اختصاصه على ما بينا . قال ويضمن الأول لشريكه في قياس قول أبي يوسف « رح » نصف قيمتها مكاتبة ، لأنه تملك نصيب شريكه وهي مكاتبة فيضمنه موسراً كان او معسراً لأنه ضمان التملك ، وفي قول محمد « رح» يضمن الأقل من نصف قيمتها ومن نصف ما بقي من بدل الكتابة لأن حق شريكه في نصف الرقبة على اعتبار العجز ، وفي نصف البدل على

الكتابة تنفسخ فيما لا يتضرر به المكاتب وهي لا تتضرر بسقوط نصف البدل فيجب أن تنفسخ . ووجهه ان في إبقاء عقد الكتابة (في حقه) أي في حق نصف البدل (نظر للمولى) المستولد (وإن كان لاتتضرر المكاتبة بسقوطه) أي بسقوط البدل فرجحنا جانب المولى ، لأن الأصل في الكتابة عدم الفسخ (والمكاتبة هي التي تعطي العقر لاختصاصها بإبدال منافعها ولو عجزت وردت في الرق يرد إلى المولى لظهور اختصاصه) أي اختصاص المولى الأول المستولد (على ما بينا) أي في تعليل أبي حنيفة .

(قال) أي في الجامع الصغير (ويضمن الأول لشريكه فيقياسقول أبي يوسف) في اعتاق المكاتب بين اثنين ، فإن عنده يضمن المعتق قيمة نصيب شريكه مكاتباً. فكذلك هنا يضمن (نصف قيمتها مكاتبة) أي حال كونها مكاتبة (لأنه تملك نصيب شريكه وهي مكاتبة فيضمنه) أي النصف سواء (موسراً كان أو معسراً ، لأنه ضمان التمليك) وهو لا يختلف باليسار والإعسار .

(وفي قول محمد « رح » يضمن الاقل من نصف قيمتها ومن نصف ما بقي من بدل الكتابة ، لان حق شريكه في نصف الرقبة على اعتبار العجز ، وفي نصف البدل على

اعتبار الأداء فللتردد بينهما يجب أقلهما . قال وإن كان الثاني لم يطأها ولكن دبرها ثم عجزت بطل التدبير ، لأنه لم يصادف الملك ، أما عندهما فظاهر لأن المستولد تملكها قبل العجز . وأما عند أبي حنيفة « رح » فلأنه العجز تبين أنه تملك نصيبه من وقت الوطء ، فتبين أنه مصادف [1] ملك غيره ، والتدبير يعتمد الملك ، بخلاف النسب لأنه يعتمد الغرور على ما مر . قال وهي أم ولد للأول ، فإنـــه تملك نصيب شريكه وكمل الاستيلاد على ما بينا ويضمن لشريكه نصف عقرها لوطئه جارية مشتركة ونصف قيمتها ، لانـــه تملك

اعتبار الأداء فللتردد بينهما) أي بين الاعتبارين (يجب أقلها) لانه متيقن .

(قال) أي في الجامع الصغير (وإذا كان الثاني لم يطأها ولكن دبرها) أي بعدمـا استولدها الأول (ثم عجزت بطل التدبير ، لأنه لم يصادف الملك ، أما عندهما) أي عند أبي يوسف ومحمد (فظاهر لأن المستولد تملكها قبل العجز) فانفسخت الكتابـــة قبل التدبير ، فلا يصح تدبيره .

(وأما عند أبي حنيفة فلأنه بالعجز تبين أنه تملك نصيبه من وقت الوطء فتبين أنـه) أي التدبير (مصادف في ملك غيره ، والتدبير يعتمد الملك) أي غير المدبر في التدبير يعتمد الملك ظاهر الملك ، فلا يصح بدونه (بخلاف النسب لأنه يعتمد الغرور) لا الملك يعني يثبت النسب بمجرد الغرور كما لو اشترى قنة فاستولدها فاستحقت لم يبطـــل النسب ، وكان الولد حراً بالقيمة ، فكذا ها هنا (على ما مر) أشار به إلى قوله ويكون ابنه ، لانه بمنزلة المغرور .

(قال وهي أم ولد للاول) أي الجارية التي دبرها الثاني بعد استيلاد الاول ثم عجزت أم ولد للاول (فانه تملك نصيب شريكه وكمل الاستيلاد على مـا بينا) يعني في تعليل أبي حنيفة «رح» ، وهو قوله وتبين أن الجارية كلها أم ولد للاول ، لانه زال المانع من الانتقال (ويضمن لشريكه نصف عقرها لوطئه جارية مشتركة ونصف قيمتها ، لانـــه

---

(١) يصادف — هامش .

نصفها بالإستيلاد وهو تملك بالقيمة والولد ولد للأول ، لانه صحت دعوته لقيام المصحح ، وهذا قولهم جميعاً ووجهه ما بينا . قال وإن كانا كاتباها ثم أعتقهـــا أحدهما وهو موسراً ثم عجزت يضمن المعتق لشريكه نصف قيمتها ويرجع بذلك عليها عند أبي حنيفة . وقالا لا يرجع عليها لانها لما عجزت وردت في الرق تصير كأنهـــا لم تزل قنة . والجواب فيه على الخلاف في الرجوع وفي الخيارات وغيرها

تملك نصفها بالاستيلاد وهو تملك بالقيمة والولد ولد للاول لانـــه صحت دعوته لقيام المصحح) وهو الملك في المكاتبة (وهذا قولهم جميعاً) وإن الاختلاف مع بقاء الكتابة ، وها هنا ما بقيت لانه لما استولدها الاول ملك نصف شريكه ولم يبق ملك للمدبر فيها فلا يصح تدبيره (ووجهه ما بينا) أي في تعليل القولين ، أما طرف أبي حنيفة فقد ذكرنا آنفاً من قوله وتبين أن الجارية ... إلى آخره. وأما طرفيهما قوله لانه لما ادعى الاول صارت كلها أم ولد له ... إلى آخره .

(قال)أي في الجامع الصغير (وإن كانا كاتباها) أي الجارية (ثم أعتقها أحدهما وهو موسراً) أي والحال أنه موسر غني ، أي الجارية ثم أعتقها (ثم عجزت يضمن المعتق لشريكه نصف قيمتها) أي قيمة الجارية (ويرجع بذلك) وفي بعض النسخ يرجع بـــه (عليها عند أبي حنيفة « رح » . وقالا لا يرجع عليها لانها لمـــا عجزت وردت في الرق تصير كأنها لم تزل قنة . والجواب فيه) أي في اعتاق أحد الشريكين القن (على الخلاف في الرجوع) فإن عند أبي حنيفة إذا ضمن الساكت المعتق فالمعتق يرجـــع على العبد ، وعندهما لا يرجع .

(وفي الخيارات) فعند أبي حنيفة الساكت مخير بـــين الخيارات الثلاث ، إن شاء أعتق،وإن شاء استسعى في العبد،وإن شاء ضمن لشريكه قيمة نصيبه. وعندهما ليس إلا الضمان مع اليسار والسعاية مع الإعسار (وغيرها) أي وغير الخيارات وهو الولاء وتريد الاستسعاء ، فإن عند أبي حنيفة إن أعتق الساكت أو استسعى فالولاء بينهما ، وإن

كما هو مسألة تجزؤ الإعتاق وقد قررناه في الإعتاق ، فأما قبل العجز ليس له أن يضمن المعتق عند أبي حنيفة « رح » ، لأن الاعتاق لما كان يتجزأ عنده كان أثره أن يجعل نصيب غير المعتق كالمكاتب فلا يتغير به نصيب صاحبه لانها مكاتبة قبل ذلك ، وعندهما لما كان لا يتجزأ بعتق الكل فله أن يضمنه قيمته نصيبه مكاتباً إن كان موسراً ويستسعى العبد إن كان معسراً لانه ضمان اعتاق فيختلف باليسار والإعسار . قال وإن كان العبد بين رجلين دبره احدهما ثم أعتقه

ضمن المعتق فالولاء بينهما ، وإن ضمن العتق فالولاء للمعتق،وعندهما للمعتق في الوجهين جميعاً والى ترديد الاستسعاء فإنهما لا يريان الاستسعاء مع اليسار ويقولان إن كان المعتق موسراً يضمن نصيب الساكت، وإن كان معسراً يسعى العبد لنصيب الساكت وأبو حنيفة يراه (كما هو مسألة تجزؤ الإعتاق وقد قررناه في العتاق) في باب العبد يعتق بعضه هذا كله إذا عجز .

(فأما قبل العجز ليس له أن يضمن المعتق عند أبي حنيفة « رح » ، لأن الاعتاق لما كان يتجزأ عنده كان أثره أن يجعل نصيب غير المعتق كالمكاتب فلا يتغير به نصيب صاحبه، لأنها مكاتبة قبل ذلك) إن معتق البعض عنده كالمكاتب ، وهنا نصيب صاحبه مكاتب بالكتابة السابقة ، فلا يصير مكاتباً بالاعتاق، وإنما يؤثر في نصيب صاحبه يجعل مكاتباً بعد العجز ، فلهذا تقتصر ولاية التضمين على ما بعد العجز .

(وعندهما لما كان لا يتجزأ بعتق الكل فله أن يضمنه قيمة نصيبه مكاتباً ان كان موسراً ويستسعى العبد إن كان معسراً ، لأنه ضمان اعتاق فيختلف باليسار والإعسار) أي يختلف الضمان بيسار المعتق واعساره .

(قال) أي في الجامع الصغير (وإن كان العبد بين رجلين دبره أحدهما ثم أعتقه

الآخر وهو موسر فإن شاء الذي دبره يضمن المعتق نصف قيمته مدبراً وإن شاء استسعى العبد ، وإن شاء أعتق ، وإن أعتقه أحدهما ثم دبره الآخر لم يكن له أن يضمن المعتق ويستسعي العبد أو يعتق ، وهذا عند أبي حنيفة « رح » ، ووجهه أن التدبير يتجزأ عنده فتدبير أحدهما يقتصر على نصيبه لكن يفسد به نصيب الآخر فيثبت له خيرة الاعتاق والتضمين والاستسعاء كما هو مذهبه ، فإذا أعتق لم يبق له خيار التضمين والاستسعاء واعتاقه يقتصر على نصيبه ، لانه يتجزأ عنده ، ولكن يفسد به نصيب شريكه فله أن يضمنه قيمة نصيبه وله خيار العتق والاستسعاء أيضاً كما هو مذهبه ويضمنه قيمة نصيبه مدبراً ، لان الاعتاق صادف المدبر .

الآخر وهو موسر فان شاء الذي دبره ضمن المعتق نصف قيمته مدبراً، وإن شاءاستسعى العبد ، وإن شاء أعتق) هذا ظاهر ، وإن عكس المسألة أشار إليه بقوله (وإن أعتقه أحدهما ثم دبره الآخر لم يكن له أن يضمن المعتق ويستسعى العبد أويعتق،وهذا عند أبي حنيفة . ووجهه أن التدبير يتجزأ عنده ، فتدبير أحدهما يقتصر على نصيبه ، لكن يفسد به) أي بالتدبير (نصيب الآخر) لسد باب النقل عليه (فيثبت له خيرة الاعتاق) أي فيثبت له الخيار (والتضمين والاستسعاء كما هو مذهبه) أي مذهب أبي حنيفة .

(فاذا أعتق لم يبق له خيار التضمين والاستسعاء واعتاقه يقتصر على نصيبه ، لأنه يتجزأ عنده ، ولكن يفسد به) أي بالاعتاق (نصيب شريكه) لسد باب الاستخدام عليه (فله أن يضمنه قيمة نصيبه ، وله خيار العتق والاستسعاء أيضاً كما هو مذهبه) أي مذهب أبي حنيفة (ويضمنه قيمة نصيبه مدبراً) أي حال كونه مدبراً (لأن الاعتاق صادف المدبر) فيعتبر قيمته مدبراً .

ثم قيل قيمة المدبر تعرف بتقويم المقومين . وقيل يجب ثلثا قيمته وهو قن ، لان المنافع أنواع ثلاثة البيع وأشباهه ، والاستخدام وأمثاله ، والاعتاق وتوابعه . والفائت البيع فيسقط الثلث . وإذا ضمنه لا يتملكه بالضمان لانه لا يقبل الانتقال من ملك إلى ملك كما إذا غصب مدبراً فأبق وإن أعتقه أحدهما أولاً كان للآخر الخيارات الثلاث عنده ، فـإذا دبره لم يبق له خيار التضمين وبقي خيار الاعتاق والاستسعاء ، لان المدبر يعتق ويستسعى .

(ثم قيل قيمة المدبر تعرف بتقويم المقومين . وقيل يجب ثلثا قيمته وهو قن ، لأن المنافع أنواع ثلاثة البيع) أي أحدها (وأشباهه) أي أشباه البيع في كونه خروجاً عن البيع كالهبة والصدقة والإرث والوصية ، لأن في كل ذلك يزول الملك عن الرقبة كالبيع (والاستخدام) أي النوع الثاني الاستخدام (وأمثاله) أي أمثال الاستخدام نحو الإجارة والإعارة والوطء (والإعتاق) أي النوع الثالث الاعتاق (وتوابعه) أي توابع الاعتاق كالكتابة والاستيلاد والتدبير والاعتاق على مال ، لأن كل واحد منها يؤول إلى الحرية كالاعتاق (والفائت البيع) أي الفائت من هذه الأنواع في المدبر النوع الذي هو البيع ، يعني جوازه (فيسقط الثلث) .

(وإذا ضمنه لا يتملكه بالضمان لأنه) أي لأن المدبر (لا يقبل الانتقال من ملك إلى ملك كما إذا غصب مدبراً فأبق) فإنه يضمنه ولا يتملكه، فكان ضمان حيلولة لا ضمان تملك (وإن أعتقه أحدهما أولاً كان للآخر الخيارات الثلاث) أي خيار الاعتاق والتضمين والاستسعاء (عنده) أي عند أبي حنيفة « رح » (فاذا دبره لم يبق له خيار التضمين) لأنه بمباشرة التدبير يصير مبرئاً للعتق عن الضمان ، لأن تضمينه متعلق بشرط تملك العين بالضمان وقد فات ذلك بالتدبير ، بخلاف الأول فهاهنا نصيبه كان مدبراً حين أعتق فلا يكون شرط التضمين تمليك العين منه ، كذا ذكره المحبوبي (وبقي خيار الاعتاق والاستسعاء ، لأن المدبر يعتق ويستسعى) .

وقـــال أبو يوسف «رح» ومحمـد «رح» إذا دبره أحدهما فعتق الآخر باطـل لأنـــه لا يتجزأ عندهمـا فيتملـك نصيب صاحبه بالتدبير ويضمن نصف قيمتـــه موسراً كان أو معسراً لأنـه ضمـان تملك فـلا يختلف باليسار والإعسار ويضمن نصف قيمته قناً ، لأنـه صادفه التدبير وهو قن . وإن أعتقه أحدهمـا فتدبير الآخر باطل ، لأن الإعتـــاق لا يتجزأ فيعتق كله فلم يصادف التدبير الملك وهو يعتمده ويضمن نصف قيمته إن كان موسراً ، ويسعى العبد في ذلك إن كان معسراً ، لأن هـــذا ضمان الإعتاق فيختلف ذلك باليسار والإعسار عندهما .

(وقال أبو يوسف ومحمد « رح » إذا دبره أحدهما فعتق الآخر باطل لأنــه لا يتجزأ عندهما فيتملك نصيب صاحبه بالتدبير ويضمن نصف قيمته موسراً كان أو معسراً ، لأنه ضمان تملك فلا يختلف باليسار والاعسار ويضمن نصف قيمته قناً) أي حال كونـه قناً (لأنه صادفه التدبير وهو قن . وإن أعتقه أحدهما فتدبير الآخر باطل ، لأن الاعتاق لا يتجزأ فيعتق كله فلم يصادف التدبير الملك وهو يعتمده) أي التدبير يعتمد الملك (ويضمن نصف قيمته إن كان موسراً و يسعى العبد في ذلك) أي في النصف (إن كان معسراً ، لأن هذا ضمان الاعتاق فيختلف ذلك باليسار والاعسار عند أبي يوسف ومحمد رحمهما الله) .



باب موت المكاتب وعجزه وموت المولى

قال وإذا عجز المكاتب عن نجم نظر الحاكم في حاله ، فإن كان له دين يقضيه أو مال يقدم عليه لم يعجل بتعجيزه وانتظر عليه اليومين أو الثلاثة نظراً للجانبين .

(باب موت المكاتب وعجزه وموت المولى)

أي هذا باب في بيان أحكام الكتابة عند موت المكاتب وعند عجزه عن أداء مال الكتابة وعند موت المولى وتأخير هذه الأحكام ظاهر التناسب ، لأن الموت والعجز بعد العتق .

(قال) أي القدوري (وإذا عجز المكاتب عن نجم) النجم هو الطالع ، ثم سمي به الوقت المضروب ، ومنه قول الشافعي أقل التأجيل نجمان ، أي شهران ، ثم سمي به ما يؤدي الوظيفة ومنه حديث عمر رضي الله عنه أنه حط من مكاتب أول نجم حل عليه ، أي أول وظيفة من وظائف بدل الكتابة ، ومنه قولهم نجم الدية ، أي اداءها نجوماً ، والمعنى هنا إذا عجز عن وظيفة من وظائف بدل الكتابه (نظر الحاكم في حاله ، فان كان له دين يقبضه) أي يطلبه ويقبضه (أو مال يقدم عليه) يعني يأتي من وجه من المؤجر (لم يعجل) أي القاضي (بتعجيزه) المصدر مضاف إلى مفعوله . وطرأ ذكر الفاعل بتعجيز القاضي إياه ، ويجوز أن يكون مضافاً إلى فاعله وطوى ذكر المفعول (وانتظر عليه اليومين أو الثلاثة نظراً للجانبين) أي جانب المولى وجانب المكاتب .

وقال الشافعي وأحمد فان كان له مال عند غائب مسافة السفر لم يلزم التأخير لطول المدة ، وإن كان ما دونها لزمه التأخير إلى أن يحضره ودينه على إنسان إن كان حالاً ، ومن عليه يلي وجب التأخير إلى استيفائه ، كما لو كانت له وديعة عند غيره وإن كان

والثلاث هي المدة التي ضربت لابلاء الأعذار كإمهال الخصم للدفع والمديون للقضاء فلا يزاد عليه ، فإن لم يكن له وجه وطلب المولى تعجيزه عجزه وفسخ الكتابة ، وهذا عند أبي حنيفة ومحمد « رح » . وقال أبو يوسف « رح » لا يعجزه حتى يتوالى عليه نجمان لقول علي « رض » إذا توالى على المكاتب نجمان رد في الرق

مؤجلاً أو على معسر فلا يجب التأخير ولو حل نجم وهو نقد وله عروض يلزمه التأخير إلى بيعه . وفي شرح الوجيز مدة التأخير للبيع ثلاثة أيام ولا يلزم أكثر من ذلك ، وعند مالك إذا عجز نجم يفسخ الكتابة بعد أن يتلوم الأيام وتجتهد في مدة التلوم فيمن يرجى له دون من لا يرجى ، كذا في الجواهر .

(والثلاث) أي ثلاثة أيام (هي المدة التي ضربت لابلاء الأعذار) أي لاظهارها (كامهال الخصم للدفع) أي لأجل دفعه المدعي لأن المراد من الخصم هو المدعى عليه ، والألف واللام فيه بدل من المضاف إليه ، وصورته أن يتوجه عليه الحكم وقال لي بنية حاضرة يؤخر يوماً أو يومين أو ثلاثة (والمديون للقضاء) بالجر عطفاً على كإمهال ، أي كإمهال المديون لأجل قضاء الدين ، صورته ادعى عليه رجل مالاً وأثبته فقال أمهلني يوماً أو يومين أو ثلاثة لأدفعه إليك فإنه يمهل إلى ثلاثة ولا يزاد . وجعلوا التقدير من باب التعجيل دون التأخير . والأصل فيه قصة موسى مع الخضر صلوات الله عليهما وسلامه حيث قال في الكرة الثالثة ﴿ هذا فراق بيني وبينك ﴾ الكهف ، وكذلك قدر صاحب الشرع مدة الخيار ثلاثة أيام ونظائره كثيرة (فلا يزاد عليه) أي على ما ذكر من المدة .

(فإن لم يكن له وجه) أي جهة يتحصل منها المال (وطلب المولى تعجيزه عجزه) أي القاضي (وفسخ الكتابة ، وهذا) أي الذي ذكرنا (عند أبي حنيفة ومحمد « ر ح » . وقال أبو يوسف « رح » لا يعجزه حتى يتوالى عليه نجمان لقول علي رضي الله عنه إذا توالى على المكاتب نجمان رد في الرق) رواه ابن أبي شيبه في مصنفه في البيوع حدثنا عباد ابن العوام عن حجاج عن حصير الحارثي « ر ح » عن علي رضي الله عنه قال في إذا تتابع

علقه بهذا الشرط ، ولأنه عقد ارفاق حتى كان أحسنه مؤجله ، وحالة الوجوب بعد حلول نجم فلا بد من امهـــال مدة استيسارآ وأولى المدد ما توافق عليه العاقدان . ولهما أن سبب الفسخ قد تحقق وهو العجز ، لأن من عجز عن أداء نجم واحـــد يكون أعجز عن

على المكاتب نجمان فلم يؤد نجومه رد في الرق ، رواه البيهقي في سننه من حديث الحارث عن علي رضي الله عنه (علقه بهذا الشرط) أي علقه علي رضي الله عنه بهـــذا الشرط ، والمعلق بالشرط معدوم قبله ، وهذا لا يعرف قياساً ، فكان كالمروى عنه ﷺ ، وبه قال أحمد وابن أبي ليلى وابن عتبة والحسن رحمه الله . وقيل هذا استدلال بمفهوم الشرط وهو ليس بناهض ، لأنه يفيد الوجود عند الوجود فقط. والجواب ما أشار إليه فخر الإسلام انه معلق بشرطين والمعلق بشرطين لا ينزل عند أحدهما كما لو قال إن دخلت هذين الدارين فانت طالق .

(ولأنه) أى ولأن عقد الكتابة (عقد ارفاق) أى رفق مبناه على المسامحة (حتى كان أحسنه موجلة) أى أحسن عقد الكتابة مؤجله ، أراد أن التأجيل والتنجيم أحسن من الكتابة الحالة ، وإن كانت الحالة جائزة عندنا ، وبه قال مالك «رح ». وعند الشافعي وأحمد « رح » لا زمان (وحالة الوجوب بعد حلول نجم) أى حالة وجوب الأداء ، يعني إذا تم النجم الأول صار المال حالاً والعجز عن البدل في الحال لا يثبت الفسخ إلا بعـــد تأجيل مدة أخرى (فلا بد من امهـــال مدة استيساراً) يعني تمكيناً للعبد من الأداء أذيل العذرة .

(وأولى المدد ما توافق عليه العاقدان) أى حق الآجال مجتمع عليه العاقدان وهو النجم الثاني فإذا مضى الثاني تحقق العجز فيوجب الفسخ لوجود مدة التأجيل الذي اتفق عليها العاقدان .

(ولهما) أى لأبي حنيفة ومحمد رحمه الله (أن سبب الفسخ قد تحقق وهو العجز ، لأن من عجز عن أداء نجم واحد يكون أعجز عن أداء نجمين ، وهذا) أي كون العجز سبباً

أداء نجمين ، وهذا لأن مقصود المولى الوصول إلى المال عند حلول نجم وقد فات فيفسخ إذا لم يكن راضياً به دونه. بخلاف اليومين والثلاثة ، لأنه لا بد منها لامكان الأداء فلم يكن تأخيراً ، والآثار متعارضة ، فإن المروي عن ابن عمر رضي الله عنـــه أن مكاتبة له عجزت عن نجم فردها فسقط الإحتجاج بها

للفسخ (لأن مقصود المولى الوصول إلى المال عند حلول نجم وقد فات فيفسخ إذا لم يكن راضياً به دونه) أى فيفسخ المولى الكتابة إذا لم يكن راضياً لبقاء الكتابة بدون ذلك النجم الذى شرط أو فيفسخ القاضي إذا لم يكن المولى راضياً بـــه بدونه على اختلاف الروايتين ، فإن المكاتب إذا عجز عن أداء بدل الكتابة ولم يرض بالفسخ فهـل يستبدل المولى به ويحتاج إلى قضاء القاضي ، فيه روايتان .

(بخلاف اليومين والثلاثة ، لأنه لا بد منها لا مكان الأداء فلم يكن تأخيراً) هـذا كأنه جواب عما يقال إذا كان مقصوداً لمولى الوصول إلى المال عند حـلول نجم كان ينبغي أن يتمكن عن الفسخ من غير امهال ، فأجاب بخلاف اليومين ... إلى آخره .

(والآثار متعارضة) جواب عـــا استدل به أبو يوسف بأثر علي رضي الله عنه ، فبين ذلك بقوله (فإن المروي عن ابن عمر رضي الله عنه أن مكاتبة عجزت عن نجم فردها) فهذا يعارض أثر علي رضي الله عنه (فسقط الاحتجاج بها) أى بالآثار للتعارض، فإن الأثرين إذا تعارضا وجهل التاريخ تساقطا ، فيصار إلى ما بعدهما من الحجة، فبقي مـــا قالاه من الدليل بقوله إن سبب الفسخ متحقق سالماً عن المعارض . قلت هذا الذى ذكره الشراح كلهم وفيه نظر ، لأن الأثر الذي نسبه المصنف إلى ابن عمر يصح على هذا الوجـه ولا أخرجه أحد من أصحاب الآثار ، وإنمـا المنقولة عنه مارواه ابن أبي شيبة في مصنفه بما رواه وكيع وابن أبي زائدة عن ابان بن عبد الله البلخي عن عطـاء أن ابن عمر رضي الله عنهما كاتب غلاماً على ألف دينار فأداها إلا مائة فرده في الرق ، والأثر الذى استدل بـه أبو يوسف ثابت فكيف يقع التعارض بين ما ثبت وبين ما لم يثبت ، والآفة في مثل هذا الموضع من التقليد .

قال فإن أخل بنجم عند غير السلطان فعجز فرده مولاه برضاه فهو جائز ، لأن الكتابة تفسخ بالتراضي من غير عذر ، فبالعذر أولى . ولو لم يرضى به العبد لا بد من القضاء بالفسخ ، لأنه عقد لازم تام فلا بد من القضاء والرضاء كالرد بالعيب بعد القبض .

قال وإذا عجز المكاتب عاد إلى أحكام الرق

(قال) أى في الجامع الصغير (فإن أخل بنجم) المراد بالإخلال بمركزه إذا ترك موضعه الذى عليه الأمير . وقال تاج الشريعة خل الرجل افتقر وذهب ماله ، وكذلك أخل به (عند غير السلطان) أى عند غير القاضي والقاضي يطلق عليه السلطان ، وكذا على كل من له حكم حتى أن الرجل سلطان في بيته ، والسلطان في الاصل إسم للحجة ثم اطلق على الحاكم بطريق قولهم للرجل العادل عدل (فعجز فرده مولاه برضاه فهو جائز ، لان الكتابة تفسخ بالتراضي من غير عذر ، فبالعذر اولى به ولو لم يرض به العبد لا بد من القضاء بالفسخ ، لانه عقد لازم) من جهة المولى لا يقدر على الانفراد (تام) يعنى ليس فيه شرط خيار .

(فلا بد من القضاء والرضاء كالرد بالعيب بعد القبض) يعني إذا وجد المشترى بالبيع عيباً بعد القبض فانه لا ينفرد بالفسخ ، فكذا هذا ، وبه قال مالك والشافعي في قوله وفيه رواية أخرى ذكرها في الذخيرة ان هذا عيب يمكن قبل أداء الكتابة فينفرد بالفسخ بدون القضاء ، كما لو وجد المشترى عيباً قبل القبض وبه قال الشافعي في قول وأحمد .

(قال) أى القدورى (وإذا عجز المكاتب عاد إلى أحكام الرق) قال الاترازى وقوله عجز وقع في الفسخ على صيغة المبني للفاعل من الثلاثي ، وكذلك إن كان وقع أيضاً . وعندى الوجه فيه أن يقال بلفظ المبني للمفعول من مزيد الثلاثي ، لان بمجرد العجز لا تنفسخ الكتابة ولا يعود المكاتب إلى الرق ، بل يحتاج بعد ذلك إلى القضاء أو الرضى ، ألا ترى إلى ما قال في أول الكتاب وإذا عجز المكاتب لم يعجل الحاكم تعجيزه . وقال أيضاً فان لم يكن له وجه وطلب المولى تعجيزه عجره إن طلب المولى من الحاكم

لانفساح الكتابة ، وما كان في يده من الأكساب فهو لمولاه ، لأنه ظهر أنه كسب عبده ، وهذا لأنه كان موقوفاً عليه أو على مولاه قد زال التوقف. قال فإن مات المكاتب وله مال لم تنفسخ الكتابة وقضى ما عليه من ماله وحكم بعتقه في آخر جزء من أجزاء حياته وما بقي فهو ميراث لورثته ويعتق أولاده ، وهذا قول علي وابن مسعود رضي الله عنهما ،

تعجيز المكاتب عجزه الحاكم ، ويدل على هذا ما قال الشيخ أبو نصر في شرحه في التعليل بقوله ذلك لأن في تعجيزه فسخ الكتابة .

قلت لا يحتاج تطويل عظيم بل الأوجه عجز على بناء الفاعل من الثلاثي ، لأن هذا الكلام مترتب على ثبوت العجز قبل هذافكان هذا مطاوع لذلك الفعل المتعدي ، أعني التعجيز السابق ، فكان قائلا يقول إذا عجز المكاتب بحكم الحاكم أو برضاه كيف يكون حكمه ، فقال وإذا عجز عاد إلى الرق فافهم .

(لانفساخ الكتابة ، وما كان في يده من الاكساب فهو لمولاه ، لأنه ظهر انه كسب عبده ، وهذا) أي وجه الظهور (لأنه) أي لأن الكسب (كان موقوفاً عليه أو على مولاه) لأنه إن أدى بدل الكتابة فهو له وإلا فلمولاه (وقد زال التوقف) بالعجز .

(قال) أي القدوري (فإن مات المكاتب وله مال لم تنفسخ الكتابة وقضى ما عليه) أي من بدل الكتابة (من ماله وحكم بعتقه في آخر جزء من أجزاء حياته وما بقي) من ماله بعد أداء بدل الكتابة (فهو ميراث لورثته ويعتق أولاده) أي المولودون في الكتابة ، وكذا المشترون فيها (وهذا قول علي وابن مسعود رضي الله عنهما) قول علي رضي الله عنه أخرجه ابن أبي شيبة في مصنفه حدثنا أبو الاحوص عن سماك عن قابوس بن أبي المحارق رحمه الله عن ابنه قال بعث علي محمد بن أبي بكر رضي الله عنه على مصر فكتب إليه يسأله عن مكاتب مات وترك مالاً وولداً، فكتب إليه إن كان ترك مكاتبه يدعى مواليه فيستوفون، وما بقي كان ميراثاً لولده . ورواه عبد الرزاق في مصنفه عن الثوري واسرائيل عن سماك مثل ذلك .

وبِه أخذ علماؤنا . وقال الشافعي « رح » تبطل الكتابة ويموت عبداً وما ترك لمولاه وإمامه في ذلك زيـــد بن ثابت « رض » ولأن المقصود من الكتابة عتقه وقد تعذر اثباته فتبطل ، وهذا لأنه لا يخلو إما أن يثبت بعـــد الممات مقصوراً أو يثبت قبله أو بعده

فإن قلت أخرج البيهقي في سننه من طريق الشافعي « رح » انا عبد الله بن الحارث عن ابن جريج قلت لعطاء المكاتب يموت وله ولد أحرار ويدعي أكثر مما بقي عليه من كتابته ، قال يقضى عنه ما بقي وما فضل فلبنيه . قلت ابلغك هذا عن أحد ، قال زعموا أن علياً كان يقضي به وقال الشافعي « رح » لا أدري أثبت عنه أم لا . قلت هذا ثابت عن علي كما ذكرناه والحسن . وقال مالك نحواً من ذلك . وقال ابن حزم وبه يقول معبـــد والحسن وابن سيرين والنخعي والشعبي وعمرو بن دينار والثوري وأبو حنيفة والحسن بن حي وإسحاق بن راهوية . وأما قول ابن مسعود فرواه البيهقي من حديث محمد بن سالم عن الشعبي قال كان عبد الله يقول يؤدي إلى مواليه ما بقي عليه من مكاتبة ولورثته ما بقي .

(وبه) أى بقول علي وابن مسعود رضي الله عنهم (أخـــذ علماؤنا ، وقال الشافعي تبطل الكتابة ويموت) أى المكاتب (عبداً وما ترك لمولاه) وبه قال أحمد وقتادة وأبو سليمان وعمر بن عبد العزيز . وقال الاترازى وبه قال النخعي والشعبي . قلت قد ذكرناه عن ابن حزم آنفاً انه ذكر النخعي والشعبي فيمن قال بقولنا (وإمامه) أى إمام الشافعي (في ذلك) أى فيما ذهب اليه (زيد بن ثابت رضي الله عنه) رواه البيهقي من حديث محمد بن سالم عن الشعبي قال كان زيد يقول المكاتب عبد ما بقي عليـــه درهم لا يرث ولا يورث .

(ولان المقصود من الكتابة) هذا استدلال بالمعقول ، تقريره ان المقصود من الكتابة (عتقه) أى عتق المكاتب (وقد تعذر اثباته) أى اثبات العتق ، لأن الميت المكاتب ليس بمحل للعتق (فتبطل) أى الكتابة (وهذا) إشارة إلى بيان بطلان العتق (لانه) أى لان العتق (لا يخلو إما أن يثبت بعد الممات مقصوراً) أى على ما بعد الموت (أو

مستنداً لا وجه إلى الأول لعدم المحلية ، ولا إلى الثاني لفقد الشرط وهو الأداء ، ولا إلى الثالث لتعذر الثبوت في الحال ، والشيء يثبت ثم يستند . ولنا أنه عقد معاوضة ولا يبطل بموت أحد المتعاقدين وهو المولى ، فكذا بموت الآخر ، والجامع بينهما الحاجة إلى إبقاء العقد لإحياء الحق ، بل أولى

يثبت قبله) أى قبل الموت (أو بعده مستنداً) أى أو يثبت بعد الموت حال كونه مستندا إلى حال حياته ، فهذا ثلاثة أحوال كلها باطلة ، أشار اليه بقوله (لا وجه الى الاول) وهو ان يثبت بعد الممات مقصودا (لعدم المحلية) لأن الميت ليس بمحل لانشاء العتق ، ولا بد له من محل .

(ولا الى الثاني) أو الى قضاء الثاني وهو أن يثبت العتق قبل الموت (لفقد الشرط ، وهو الاداء) لان المعلق بالشرط لا يسبق الشرط وإلا يلزم وجود المشروط . قبل وجود الشرط وهذا بخلاف موت المولى ، فان العقد يبقى ويعتق بالاداء الى ورثته ، لان المولى ليس بمعقود عليه ، بل هو عاقد والعقد يبطل بهلاك المعقود عليه لا بموت العاقد .

(ولا الى الثالث) أى ولا وجه أيضاً الى الثالث ، وهو أن يثبت العتق بعد الممات يستند الى حال حياته ، لان الشيء يثبت في الحال ثم يستند وهذا الشيء لم يثبت بعد ، وهو معنى قوله (لتعذر الثبوت في الحال) أى ثبوت العتق (والشيء يثبت ثم يستند) هذا لم يثبت فلم يستند .

(ولنا أنه) أى أن عقد الكتابة (عقد معاوضة) احترز به عن النكاح والوكالة ونحوهما (ولا يبطل بموت أحد المتعاقدين وهو المولى) فالكتابة لا تبطل بموت المولى (فكذا بموت الآخر) وهو المكاتب (والجامع بينهما) أى بين موت المولى وموت المكاتب في عدم البطلان (الحاجة إلى إبقاء العقد لإحياء الحق) يعني اذا جاز ابقاء العقد بعد موت المولى لحاجته اليه ليصل الى مقصوده ، وهو الولاء فكذا يجوز ابقاء العقد بعد موت المكاتب لحاجته ليصل الى مقصوده وهو شرف الحرية (بل أولى) أى بل ابقاء

لأن حقه آكد من حق المولى حتى لزم العقد في جانبه والموت أنفى للمالكية منه للمملوكية فينزل حياً تقديراً ،

العقد في جانب المكاتب أولى (لأن حقه) أى حق المكاتب (آكد من حق المولى، حتى لزم العقد في جانبه) حتى لو أراد المولى أن يبطله ليس له ذلك ، بخلاف المكاتب، فان الذى استحق المولى من قبله ليس بلازم ، حتى لو عجز نفسه يبطل حقه ، فإذا لم يبطل حق المولى بموته فحق المكاتب وانه ألزم أولى أن لا تبطل . قيل قوله بلا ولا يجوز أن يكون جواباً عما يقال ليس بموت المكاتب كموت العاقد ، لان العقد يبطل بموت المعقود عليه وهو المكاتب دون العاقد ، وجهه ما بيناه آنفاً.

(والموت انفى) بالنون والفاء من النفي ، وهو صيغة أفعل للتفضيل (للمالكية منه) أي من الموت (للمملوكية) أراد أن موت المكاتب ، لأن بقاء الكتابة تنتصر من طرف المكاتب إلى المالكية والمعتقية ، وهي عبارة عن القادرية والفاعلية ومن طرف المكاتب إلى المملوكية ، وهي عبارة عن المقدورية والمفعولية والموت آنفاً للقادرية والفاعلية منه للمقدورية والمفعولية ، إذ القادرية لا تجتمع مع الموت ، والمقدورية تجتمع معه .

ولما أسقط الشرع اعتبار أقوى المناقضين في فصل موت المكاتب لحاجة العبد لا حصول شرف الحرية وحاجة المالك إلى ما يتعلق بالمعتقية من الآثار والأحكام ، فلأن يسقط اعتبار أدنى المناقضين كان ذلك أولى . ونقول المالكية قدرة المملوكية عجز ، والموت عجز أيضاً ، فالمنافاة بين القدرة والعجز والتحقيق ها هنا أن الاجماع انعقد على جعل المولى معتقاً بعد موته بالطريق الأول، لأن الاعتاق فعل ، وكونه معتقاً وصف وليس بفعل ، والموت ينافي الأفعال ولا ينافي الصفات ، فإذا جعل معتقاً بعد الموت كان جعل المكاتب معتقاً بالطريق الأولى .

(فينزل حياً تقديراً) إذا كان الأمر كذلك ينزل المكاتب حياً تقديراً، وهذا جواب عن الترديد الذي ذكره الخصم ، تحريره أن ثبوت الحرية على كل طريق ممكن ولا يلزم الفساد ، لأنه لو ثبت الحرية بعد الموت ينزل حياً كما ينزل الميت في حق بقاء التركة ، على حكم ملكه فيما إذا كان عليه دين مستغرق ، وفي حق التجهيز والتكفين وتنفيذ الوصايا في

أو يستند الحرية باستناد سبب الأداء إلى ما قبل الموت ، ويكون أداء خلفه كأدائه ،

الثلث لو ثبت قبل الموت تستند الحرية مع اسناد سببها ، وهـــو معنى قوله (أو يستند الحريـــة) وفي بعض النسخ أو يسند الحرية الحريـة (باستناد سبب الأداء) الذي هو عقد الكتابة (إلى ما قبل الموت) .

فإن قيل يلزم تقديم المشروط على الشرط ، أجاب المصنف بقوله (ويكون أداء خلفه كأدائه) فلا يلزم من ذلك ولا يتوهم أن العتق يتقدم على الأداء ، بـــل يقدر الأداء قبـــل العتق .

فإن قيل الأداء فعل حسي ، والاسناد إنما يكون في التصرفات الشرعية . أجيب نعم فعل النائب مضاف إلى المنوب ، وهذه الإضافة وشريعته من رمى صيداً فمات الرامي قبل أن يصيب ثم أصاب صار مالكاً له ويورث عنه ، والميت ليس بأهل ، ولكن لما صـــح السبب والملك يجب بعد تمام السبب فالملك وتمامـــه بالإضافة إلى آخر من أجزاء حياته فكذا ها هنا لما كان السبب منعقداً وهو عقد الكتابة والعتق موقوف على الأداء ، والأداء جائز بعد الموت ، والحكم هو وقوع العتق مما يمكن اثباته من حـــين الموت كالملك ، ثم حكمنا بعتقه في آخر جزء من أجزاء حياته إما بأن يقام الترك الموجود في أجزاء حياته مقام التخلية المال والمولى وهو الأداء المستحق عليه ، أو يكون أداء خلفه كأدائه

توضيح هذا أنه متى غلب على ظنه الموت وظهرت أماراته وانقطع رجاء الحياة يكون الظاهر أنه يخلى بين المال والمولى ليصل بذلك إلى شرف حرية نفسه وحرية أولاده وسلامة أكسابه ، فعلم من ذلك أن الإشراف على الموت سبب لأداء المال ، فاذا أدى خلفـه عنه استند الأداء إلى ما قبل الموت ، فصار كأنه أداه بنفسه ، ويكون المراد من قوله باسناد سبب الاداء ، أي اسناد هو الاداء لا العقد ، إذ لو أريـــد من سبب الاداء العقد لاستند الأداء إلى زمان العقد وليس كذلك ، بل الاستناد إلى ما قبيل الموت . ولو أريد بالسبب الموت فله وجه أيضاً ، لأنه إنما يثبت الاسناد بالضرورة وهي تندفع بالاستناد إلى ما قبيل الموت ، فلا تستند إلى أول العقد ، هذا ما قرره شيخ تاج الشريعة رحمه الله .

فإن قيل لو قذفه قاذف بعد اذ أبدل الكتابة في حياته يحد قاذفه ، ولو حكم بحريته في آخر حياته ينبغي أن يحد قاذفه والحال أنه لا يحد . قلنا يثبت الحرية في آخر حياته لضرورة حاجته إليها ، والثابت بالضرورة لا يعدى موضعها، فلا تظهر في حق احصانه، فلا يحد قاذفه ، مع أن الحدود تدرأ بالشبهات ، والحرية ها هنا تثبت مع الشبهة ، وما يثبت الاستناد يثبت من وجه .

(وكل ذلك ممكن) والإشارة إلى ما ذكره من قوله وينزل حياً ، وقوله أو يستند الحرية ... إلى آخره ، ويكون أداء خلفه كأدائه (على ما عرف تمامه) أي تمام أصل هذا الخلاف (في الخلافيات) أراد بها نسخ الخلافيات، فان المحققين من أصحابنا المتقدمين صنفوا نسخاً مشتملة على المسائل الفقهيه الخلافية ، وطريقة الخلاف . وذكروا فيها كثيراً من المسائل الخلافية ، غير أنهم ما ذكروا من مسائل المكاتب إلا هذه المسألة وحدها.

وقد قال صاحب العناية عليك باستحضار القواعد الاصولية لاستخراج ما يحتاج إليه القياس ، فان تعذر ذلك فارجع إلى الاصول الجدلية بادعاء إضافة الحكم إلى المشترك وسد طريق ما يرد من رده وادعى الإضافة إلى المختص في هذا الموضع وأمثاله ، فان يسر الله عليك ذلك يقبض من عنده بعد الجثو على الركب بحضرة المحققين ، فذلك الفوز العظيم قدره ، وإلا فاياك ودعوى معرفة الهداية، فتكون من الجهلة الذي ظهر عند ذوي التحصيل عذره فالحق بالآخرين أعمال الذين ضل سعيهم في الحياة الدنيا وهم يحسبون أنهم يحسنون صنعاً ، انتهى كلامه فنقول وبالله التوفيق المدعى ها هنا أن موت المكاتب لا يوجب الفسخ ، لان موت المولى لا يوجبه ، فكذا موت المكاتب ، لان العدم في الصورة الاتفاقية ثابت بالاجماع ، فكذا في النزاعية بالقياس عليه ، لان العدم في الاتفاقية إنما كان لتحصيل المصالح المتعلقه بالعقد بشهادة المناسبة، فكذا في النزاعية وهي الإضافة في الدعوى، فان منع حقها في تلك الصورة .

أجيب إنما هي محققة فيها ، فان المسألة المتعلقة بالعقد أمور مطلوبة، فان منع المطلوبة أجيب بأنه مكابرة ، لانها هي المطلوبة في التحقيق عند العقلاء ، فان كان عاقل لو خير

بين أن يحصل المصالح المتعلقة بالعقد وبين أن لا يحصل فانـــه كان يختار الحصول على عدم الحصول ، فان قيل الاصل في الحكم في الاصل أن لا يضاف إلى المشترك لرجحانه.
أجيب بأن الحكم يضاف الى ما هو اللازم فيهما أو في الفرع على تقـدير اللزوم في الاصل ، وانه هو المشترك بينهما .

تحقيقه أن الحكم في الاصل أن يضاف إلى المشترك ، لانه يضاف اليه أو إلى مـا يحقق الإضافة اليه ، يعني تحقق إضافة إلى الإضافة الى المشترك لقيام الدليل على كل واحد منهما وهو المناسبة ، فأما ما كان يكون مضافاً الى المشترك فاذا ثبت هذا نقول العدم في الاتفاقية يدل على أحد الآخرين ، أحدهما المشترك بين الوجوبين ، وهو كـــون الوجوب محصلا للمصالح المتعلقة بالعقد لا يكون عنه أصلا ، يعني لا في الاصل وهو الصورة الاتفاقية ، ولا في الفرع وهو الصورة النزاعية .

والثاني المشترك بين العدمين وهو المانع عن الوجوب قطعاً ، فانه إذا لم يتحقق أحدهما يلزم الوجوب في الاتفاقية بالمقتضى السالم عن المعارضين القطعيين ، أحدهما مانعة المشترك بين العدمين ، معارضة للمقتضى للوجوب . وأما بيان الامرين فلانها تقتضي العدم فيهما ، لان المشترك بين العدمين إذا كان مانعاً فيهما كان العدم في الاتفاقية ثابتاً، وأما كون شمول العدم معارضاً للمقتضى للوجوب فظاهر ، وأما بيان سلامة المقتضى على تقدير عـدم الامرين فلانهما منتفيان على هذا التقدير .

أما انتفاء مانعية المشترك فظاهر ، وأما انتفاء شمول العدم فالانتفاء لازمه وهو عدم علية المشترك من لوازم شمول العدم من لوازم علية المشترك بالضرورة أن المشترك بـــين الوجوبين إذا كان علة راجحة للوجوب في إحـــدى الصورتين يلزم الوجوب في الاخرى عملا بالعلة الراجحة فيلزم شمول العدم ، فثبت أن العدم في النزاعية من لوازم إحـــدى الامرين ، فيكون العدم في الاتفاقية مستلزماً لاحدهما بالضرورة ودليل على الآخر والحال أن العدم في الاتفاقية مستلزماً لاحدهما بالضرورة ، ودليل على الآخر والحال أن العدم في الاتفاقية ثابتة بالاجماع فيلزم أحد الامرين ، فأيهما لزم يلزم المدعي وهو العـــدم في النزاعية ، فافهم .

وقال وإن لم يترك وفـــاء وترك ولداً مولوداً في الكتابة سعى في كتابة أبيه على نجومه ، فإذا أدى حكمنا بعتق أبيه قبل موته وعتق الولد ، لأن الولد داخل في كتابته وكسبه ككسبه ، فيخلفـــه في الأداء ، وصار كما إذا ترك وفاء وإن ترك ولداً مشترى في الكتابة قيل له إما أن تؤدي بدل الكتابة حالة أو ترد رقيقاً عند أبي حنيفة « رح » ، وأمـــا عندهما يؤديه إلى أجله اعتباراً بالولد المولود في الكتابة ، والجامع أنه مكاتب عليه تبعاً له ، ولهـــذا يملك المولى اعتاقه ، بخلاف سائر اكسابه .

(قال) أي القدوري (وإن لم يترك وفاء) أي ما يؤدي به بدل الكتابـة (وترك ولداً مولوداً في الكتابة سعى في كتابة أبيه على نجومه) وهذا بالاتفاق لدخوله في كتابته (فاذا أدى حكمنا بعتق أبيه قبل موته وعتق الولد) أي حكنا بعلق الولد أيضاً (لان الولد داخل في كتابته وكسبه ككسبه فيخلفه في الاداء ، وصار) أي حكم هـذا (كما إذا ترك وفاء) يعني لو ترك وفاء كان يعطي بدل الكتابة منه ويحكم بعتقه في آخر جزء من أجزاء حياته ويعتق ولده أيضاً .

(وإن ترك ولداً مشترى في الكتابة قيل له إما أن تؤدي بدل الكتابـة حالة أو ترد رقيقاً) قال أي المصنف رحمة الله (وهذا) يعني هـذا الحكم المذكور في الولد المشترى (عند أبي حنيفة رضي الله عنه ، وأما عندهما) أى عند أبي يوسف ومحمد «رح»(يؤديه الى أجله اعتباراً بالولد المولود في الكتابة) أى قياساً عليه (والجامع) أى المعنى الجامع بين المقيس والمقيس عليه (أنه مكاتب عليه) أى أن الولد المشترى مكاتب على أبيـه المكاتب (تبعاً له) أى حال كونه تابعاً لابيه (ولهذا) أى ولاجل كونه تبعاً له (يملك المولى اعتاقه) أي إعتاق الولد المشترى في الكتابة ، وهذا الاستدلال على أن المشترى في الكتابة كالمولود فيها (بخلاف سائر أكسابه) فإن المولى لا تصرف له في أكسابه ، ولهذا

ولأبي حنيفة « رح » وهو الفرق بين الفصلين ان الأجل يثبت شرطاً في العقد فيثبت في حق من دخل تحت العقد والمشترى لم يدخل ، لأنه لم يضف إليه العقد ولا سرى حكمه إليه لانفصاله ، بخلاف المولود في الكتابة لانه متصل وقت الكتابة فسرى الحكم إليه ،وحيث دخل في حكمه سعى في نجومه ، فإن اشترى ابنه ثم مات وترك وفاء ورثه ابنه ، لأنه لما حكم بحريته في آخر جزء من أجزاء حياته يحكم بحرية ابنه في ذلك الوقت ، لأنه تبع لأبيه في الكتابة ، فيكون هذا حر يرث عن حراً ، وكذلك إن كان هو وابنه مكاتبين كتابة واحدة

لا يقدر على إعتاق عبده ، وبقولهما قال مالك .

(ولأبي حنيفة وهو الفرق بين الفصلين) يعني فصل الولد المشترى في الكتابة وفصل الولد المولود فيها (أن الأجل يثبت شرطاً في العقد فيثبت في حق من دخل تحت العقد والمشترى) أي الولد المشترى(لم يدخل) أي في العقد (لأنه لم يضف اليه العقد ولا سرى حكمه اليه) أي حكم العقد إلى الولد (لانفصاله) أي كونه مفصلا وقت العقد لا تبعاً له لكونه منفصلاً وقت العقد .

(بخلاف المولود في الكتابة ، لأنه متصل) أي لكونه متصلاً به (وقت الكتابة ، فسرى الحكم اليه ، وحيث دخل في حكمه سعى في نجومه) أي حيث دخل الولد المولود في الكتابة في حكم عقد الكتابة سعى في نجوم والده المكاتب .

(فإن اشترى ابنه ثم مات) ذكر تفريعاً على مسألة القدوري وهو من مسائل الجامع الصغير (وترك وفاء ورثه ابنه، لأنه لما حكم بحريته في آخر جزء من أجزاء حياته يحكم بحرية ابنه في ذلك الوقت ، لأنه تبع لأبيه في الكتابة ، فيكون هذا حراً يرث عن حر ، وكذلك) الحكم (إن كان هو وابنه مكاتبين كتابة واحدة) قيد به لأنه لو كانا مكاتبين

لأن الولد إن كان صغيراً فهو تبع لأبيه ، وإن كان كبيراً جعلا كشخص واحد ، فإذا حكم بحرية الأب يحكم بحريته في تلك الحالة على ما مر . قال فإن مات المكاتب وله ولــــد من حرة وترك ديناً وفاء لمكاتبته فجنى الولد فقضى به على عاقلة الأم لم يكن ذلك قضاء بعجز المكاتب ، لأن هـــذا القضاء يقرر حكم الكتابة ، لأن من قضيتها إلحاق الولد بموالي الأم وإيجاب العقل عليهم ، لكن على وجه يحتمل أن يعتق فيجر الولاء إلى موالي الأب

كل واحد بعقد على حدة لا يرثه ابنه ، كذا ذكره المحبوبي (لأن الولد إن كان صغيراً فهو تبع لأبيه ، وإن كان كبيراً جعلا كشخص واحد، فإذا حكم بحرية الأب يحكم بحريته) أي بحرية الولد في حال حرية الأب (في تلك الحالة) يعني آخر جزء من أجزاء حياتـه (على ما مر) من استناد الحرية باستناد سبب الأداء إلى ما قبل الموت .

(قال) أي في الجامع الصغير (فان مات المكاتب وله ولد من حرة وترك ديناً وفاء لمكاتبته) أي ترك ديناً على الناس فيه وتأييد الكتابة إنما قال ديناً لانـه لو كان عيناً لا يتأتى القضاء بالإلحاق بالام ، إذ يمكن الوفاء في الحال . قال السغناقي ذكر هذه المسألة والتي بعدها وهي قوله فان اختصم موالى الام إلى آخره لبيـــان الفرق بينهما (فجنى الولد فقضى به) أي بإرش الجناية أو بموجب الجناية (على عاقلة الأم لم يكن ذلك قضاء بعجز المكاتب ، لأن هذا القضاء يقرر حكم الكتابة) وكل ما يقرر شيئاً لا يبطله (لأن من قضيتها) أي قضية الكتابة (إلحاق الولد بموالي الأم وإيجاب العقل عليهم) فـلا ينافي القضاء على عاقلها كون الأب مكاتباً .

(لكن على وجه) يعني استلزام الكتابة إلحاق الولد بموالي الأم وإيجاب العقل عليهم على وجه (يحتمل أن يعتق) المكاتب (فيجر الولاء إلى موالي الأب) لأن الولاء كالنسب، والنسب إنما يثبت من قوم الأم عند تعذر اثباته من الأب ، حتى لو ارتفع المانع من اثباته

والقضاء بما يقرر حكمه لا يكون تعجيزاً . وإن اختصم موالي الأم وموالي الأب في ولائه فقضى به لموالي الأم فهو قضاء بالعجز ، لأن هذا اختلاف في الولاء مقصوداً ، وذلك يبتنى على بقاء الكتابة وانتقاضها ، فإنها إذا فسخت مات عبداً أو استقر الولاء على موالي الأم ، وإذا بقيت واتصل بها الأداء مات حراً وانتقل الولاء إلى موالي الأب ، وهذا فصل مجتهد فيه فينفذ ما يلاقيه من القضاء ، فلهذا كان تعجيزاً .

منه كما إذا كذب الملاعن نفسه عاد النسب اليه ، فكذلك الولاء ، فكان إيجاب العقل من لوازمها وثبوت اللازم ثبوت ملزومه (والقضاء بما يقرر حكمه) أي حكم عقد الكتابة (لا يكون تعجيزاً) لان كل ما يقرر شيئاً لا يبطله لئلا يعود على موضعه بالنقض .

(وإن اختصم موالي الأم وموالي الاب في ولائه) هذه هي المسألة الثانية ، صورتها مات هذا الولد بعد الاب واختصم موالي الاب وموالي الام ، فقال موالي الام مات رقيقاً والولاء لنا ، وقال موالي الاب مات حراً والولاء لنا (فقضى به) أي بولايته (لموالي الام فهو قضاء بالعجز) فتنفسخ الكتابة اقتضاء (لان هذا الاختلاف في الولاء مقصوداً) لان كلا من الفريقين قصدهم الولاء (وذلك يبتنى على بقاء الكتابة وانتقاضها ، فإنها إذا فسخت مات عبداً واستقر الولاء على موالي الام ، وإذا بقيت) أي الكتابة (واتصل بها الأداء مات حراً وانتقل الولاء إلى موالي الاب وهذا) أي بقاء الكتابة وانتقاضها (فصل مجتهد فيه) لما ذكرنا أن في مذهب زيد بن ثابت رضي الله عنه أن الكتابة تنفسخ لموت المكاتب ، فإذا كان كذلك (فينفذ ما يلاقيه من القضاء) لان صيانة القضاء المجمع عليه أولى من امضاء كتابته اختلف الصحابة رضي الله عنهم في بقائها .

(فلهذا) أي فلأجل نفوذ القضاء (كان تعجيزاً) فتنفسخ الكتابة قبل فسخ الكتابة مبني على نفوذ القضاء ولزومه ، وذلك لصيانة القضاء عن البطلان ، وفي صيانته بطلان ما يجبر عليه وهو الكتابة رعاية لحق المكاتب وليس أحد البطلانين أرجح . أجيب بما ذكرنا آنفاً من أن صيانة القاضي ... إلى آخره .

قال وما أدى المكاتب من الصدقات إلى مولاه ثم عجز فهو طيب للمولى لتبدل الملك ، فإن العبد يتملكه صدقة والمولى عوضاً عن العتق

ثم اعلم أن في مسألة الإرث إذا ظهر للولد ولاء من قبل الاب عند أداء البدل فهو إلى الام لا يرجعون بما عقلوا من جناية الولد في حياة المكاتب على موالي الاب ، لانـــه إنما حكم بعتقه في آخر جزء من أجزاء حياته فلا يستند عتقه إلى أول عقد الكتابة و فكان موالي الام عند حياته مواليه حقيقة ، فلم يرجعوا بمـــا عقلوا ، إنما يرجعون بما عقلوا عن جناية بعد موت الاب قبل أداء البدل ، لان عتق الاب لما استند إلى حال حياته بين أن ولاءه كان لموالي الاب في ذلك الوقت ، وموالي لا يجبرون على الاداء فيرجعون بما أدوا .

وذكر التمرتاشي هذا الذي ذكرنا فيما إذا مات عن وفاء ، فان مات لا عن وفاء قال الاسكاف رحمه الله تنفسخ الكتابة ، حتى لو تطوع إنسان بأداء بدل الكتابـــة لا يقبل منه . وقال أبو الليث رحمـــه الله لا تنفسخ ما لم يقض بعجزه ، حتى لو تطوع قبل القضاء يقبل منه .

(قال) أي في الجامع الصغير (وما أدى المكاتب من الصدقات إلى مولاه) أراد أن المكاتب إذا أخذ شيئاً من الزكاة وأداه إلى مولاه من بدل الكتابة (ثم عجز) أي عن الكتابة (فهو طيب للمولى لتبدل الملك) أي لتغير الملك بتغير السبب (فان العبد يتملكه صدقة) أي حال كونه صدقة (والمولى عوضاً عن المتق) أي يتملكه المولى حال كونه عوضاً عن المتق ، وفي بعض النسخ عوضاً عن العين .

فان قلت إن ملك الرقبة للمولى فإنه يتبدل الملك. قلت إن ملك الرقبة للمولى مقلوب في مقابلة ملك السيد ، ولهـــذا التصرف للمكاتب لا للمولى ، وله أن يمنع المولى من التصرف وبالعجز يصير الأمر على العكس ، فكان تبدلاً وقد نظر صاحب العنايـــة فيه بأن قال لا نسلم أن ذلك تبدل ، ولئن كان فلا نسلم أن مثله بمنزلة تبدل العين ، ولعل أن يقال المولى لم يكن له ملك يد قبل العجز وحصل به فكان تبدلاً . قلت أول كلامـــه منع مجرد ، والثاني دعوى بلا برهان . وقوله ولعل الاولى فيه نظر، لانه لم يكن له ملك يد فله ملك رقبة ، وليس المراد منه التبدل حقيقة بأن يراد تبدل الذات ، وإنما المراد التبدل الحكمي فافهم .

وإليه وقعت الإشارة النبوية في حديث بريرة « رض » هي لها صدقة ولنا هدية . وهذا بخلاف ما إذا أباح للغني والهاشمي ، لأن المباح له يتناوله على ملك المبيح فلم يتبدل الملك ، فلا تطيبه ، ونظيره المشتري شراء فاسداً إذا أباح لغيره لا يطيب له ولو ملكه بطيب

(واليه) أي والى التبدل ويحل بعد التبدل (وقعت الإشارة النبوية في حديث بريرة هي لها صدقة ولنا هدية) يروى عنها قالت جاءتني بريرة فقالت إني كاتبت أهلي على تسع أواق في كل عام أوقية فأعينيني ، قالت إن أحب أهلك أن أعدها لهم ويكون ولاؤك لي فعلت ، فذهبت بريرة الى أهلها ورسول الله ﷺ جالس فقالت إني قد عرضت ذلك عليهم قالوا إلا أن يكون الولاء لهم ، فسمع ذلك رسول الله ﷺ فأخبرته عائشة رضي الله عنها فقال خذيها واشترطي لهم الولاء ، فانما الولاء لمن أعتق، ففعلت عائشة رضي الله عنها ، ثم قام رسول الله ﷺ في الناس فحمد الله ثم قال أما بعد فما بال رجال يشترطون شروطاً ليست في كتاب الله فهو باطل ، وإن كان مائة شرط ، قضاء الله حق وشرط الله أوثق ، وإنما الولاء لمن أعتق .

وأخرج البخاري ومسلم أيضاً ودخل النبي ﷺ وبرمته على النار فقرب اليه خبزاً وإدام من أدم البيت فقال لم أر البرمة فقيل لحم تصدق به على بريرة وأنت لا تأكل الصدقة ، قال هو لها صدقة ولنا هدية .

(وهذا) أي الحكم المذكور (بخلاف ما إذا أباح للغني والهاشمي) أى بخلاف ما إذا أباح الفقير ما أخذه من مال الزكاة لغني أو هاشمي فانه لا يباح لهما (لان المباح له يتناوله على ملك المبيح فلم يتبدل الملك فلا تطيبه) فلم يتبدل سبب الملك ، ولهذا ليس للضيف أن يعطي شيئاً مما تقدم عليه ، لانه لم يصر ملكاً حتى يتولى الإعطاء الى الغير.

(ونظيره) أى نظير ما ذكر (المشترى شراء فاسداً) بأن اشترى رجل طعاماً مأكولاً بيعاً فاسداً (إذا أباح لغيره لا يطيب له) أى لا يطيب للغير تناوله ، لان في الاولى الملك غير مستقر لوجوب الفسخ ، بخلاف الثاني (ولو ملكه بطيب) بأن باعه بيعاً صحيحاً أو وهبه حل له التناول .

ولو عجز قبل الأداء إلى المولى فكذلك الجواب ، وهذا عند محمد « رح » ظاهر ،لأن بالعجز يتبدل الملك عنده، وكذا عند أبي يوسف « رح » . وإن كان بالعجز يتقرر ملك المولى عنده ، لأنه لا خبث في نفس الصدقة ، وإنما الخبث في فعل الأخذ لكونه إذلالاً به فلا يجوز ذلك للغني من غير حاجة ، وللهاشمي لزيادة حرمته ، والأخذ لم يوجد من المولى فصار كابن السبيل إذا وصل إلى وطنه ، والفقير إذا استغنى وقد بقي في أيديهما ما أخذ من الصدقة حيث يطيب لهما ،

(ولو عجز قبل الاداء الى المولى) أى ولو عجز المكاتب عن الكتابة قبل أداء ما أخذه من الزكاة الى المولى (فكذلك الجواب) يعني انه طيب للمولى على الصحيح (وهذا) أى كون هذا طيباً قبل الأداء أيضاً (عند محمد «رح» ظاهر لأن بالعجز يتبدل الملك عنده) بقيد الملك ، فان عند المكاتب إذا عجز ملك المولى اكسابه ملكاً مبتدأ ، وهذا وجب نقض الإجارة في المكاتب إذا أجر أمته ظئراً ثم عجز (وكذا عند أبي يوسف رحمه الله) أى وكذا يطيب له عند أبي يوسف أيضاً .

(وإن كان بالعجز يتقرر ملك المولى عنده) فان للمولى نوع ملك في اكسابه وبالعجز يتأكد ذلك الحق ، ويصير المكاتب فيما مضى كالعبد المأذون ، ولهذا إذا أجر المكاتب أمته ظئراً ثم عجز لا يوجب فسخ الإجارة (لأنه لا خبث في نفس الصدقة) وإلا لما فارقها أصلا (وإنما الخبث في فعل الاخذ لكونه إذلالاً به) أى بالاخذ (فلا يجوز ذلك) أى الإذلال والهوان (للغني من غير حاجة ، وللهاشمي لزيادة حرمته والاخذ لم يوجد من المولى فصار كابن السبيل اذا وصل الى وطنه ،والفقير اذا استغنى وقد بقي) أى والحال أنه قد بقي (في أيديهما ما أخذا من الصدقة حيث يطيب لهما) أى لابن السبيل الواصل وطنه ، والفقير الذى استغنى . ولهذا لو مات ابن السبيل والفقير حل لوارثهما الغني ما تركاه من الصدقة .

وعلى هـــذا إذا أعتق المكاتب واستغنى يطيب له ما بقي من الصدقة في يده . قال وإذا جنى العبد فكاتبه مولاه ولم يعلم بالجناية ثم عجز فإنه يدفع أو يفدي لأن هذا موجب جناية العبد في الأصل ولم يكن عالماً بالجناية عند الكتابة ، حتى يصير مختاراً للفداء ، إلا أن الكتابة مانعة من الدفع ، فإذا زال عـــاد الحكم الأصلي ، وكذلك إذا جنى المكاتب ولم يقض به حتى عجز لما قلنا من زوال المانع ، وإن قضى به عليه في الكتابة

(وعلى هذا) أي على ما ذكرنا (إذا أعتق المكاتب واستغنى يطيب له ما بقي من الصدقة في يده) لأن الخبث ليس في نفس الصدقة وقد قال بعض المشايـــخ على قول أبي يوسف لا يطيب ، لأن المكاتب عنده لا يملك إكسابه ملكاً مبتدأ وبالعجز يتأكد ذلك، والصحيح ما ذكره المصنف على الإطلاق ، فلذلك بينها عليه بالصحيح .

(قال) أي في الجامع الصغير (وإذا جنى العبد فكاتبه مولاه ولم يعلم بالجنايـــة ثم عجز فإنه) أي فإن المكاتب الذي عجز (يدفع) على صيغة المجهول ، أي يدفع إلى ولي الجناية (أو يفدى) على صيغة المجهول أيضاً ، أراد أن المولى لا يكون مختاراً (لأن هذا موجـــب جناية العبد في أصل المسألة) أي لأن هذا الحكم يعني أحد الأمرين هو مقتضى جناية العبد في أصل المسألة كما علم في بابه (ولم يكن) أي المولى (عالماً بالجنايـــة عند الكتابة ، حتى يصير مختاراً للفداء ، إلا أن الكتابة مانعة من الدفع) لتعذره(فإذا زال) المانع (عاد الحكم الأصلي) وهو الدفع والفداء .

(وكذلك) أي كما مر من عود الحكم الأصلي (إذا جنى المكاتب ولم يقض بـــه) أي بموجب الجناية عليه (حتى عجز) عن الكتابة ، يعني يدفع أو يفدى (لما بينا [1] من زوال المانع) من الدفع (وإن قضى به عليه في كتابته) أي وإن قضى بموجب الجناية

---

(١) لما قلنا – هامش .

ثم عجز فهو دين يباع فيه لانتقال الحق من الرقبة إلى قيمته بالقضاء، وهذا قول أبي حنيفة ومحمد «رح»، وقد رجع أبو يوسف «رح» إليه، وكان يقول أولاً يباع فيه وإن عجز قبل القضاء، وهو قول «زفر»، لان المانع من الدفع وهو الكتابة قائم وقت الجناية، فكما وقعت انعقدت موجبة للقيمة، كما في جناية المدبر وأم الولد. ولنا أن المانع قابل للزوال

على المكاتب (ثم عجز فهو دين) أي ما قضى به من موجب الجناية دين في ذمته (يباع فيه) وعند الثلاثة بالعجز يرد إلى الرق يجبر سيده ، وعند زفر « رح » وهو قول أبي يوسف « رح » أولاً يباع في قيمته في الفصلين ، إلا أن يقضي المولى عنه على ما يأتي الآن (لانتقال الحق من الرقبة إلى قيمته بالقضاء) أراد انتقال الحق بالقضاء من الموجب الأصلي وهو دفع الرقبة إلى القيمة قبل زوال المانع ، فاذا زال لم يعد الحكم الأصلي صيانة القضاء (وهذا قول أبي حنيفة ومحمد وقد رجع أبو يوسف إليه) أي إلى قولهما .

(وكان يقول أولاً يباع فيه) أى في موجب الجناية (وإن عجز قبل القضاء وهو قول زفر ، لان المانع من الدفع) إلى ولي الجناية (وهو الكتابة قائم وقت الجناية، فكما وقعت)الجناية(انعقدت موجبة للقيمة كما في جناية المدبر وأم الولد) فان جنايتها موجبة للقيمةبنفس الوقوع ، إلا أن حكم جناية المدبر وجوب القيمة على المولى ، لان كسبه له، وحكم جناية المكاتب لان كسبه ملكه . وقوله انعقدت موجبة يشير إلى أن الواجب هو القيمة لا الاقل منها ومن ارش الجناية ، وهو مخالف لما ذكر من رواية الكرخي والمبسوط أن الواجب هو الاول من القيمة ومن إرش الجناية ، وعلى هذا يكون تأويل كلامه إذا كانت القيمة أقل من إرش الجناية .

(ولنا أن المانع) من الحكم الاصلي (قابل للزوال) بقول الكتابة الفسخ والزوال

للتردد ولم يثبت الانتقال في الحال فيتوقف على القضاء و الرضاء ، وصار كالعبد المبيع إذا أبق قبل القبض يتوقف الفسخ على القضاء لتردده واحتمال عوده ، كذا هذا بخلاف التدبير والاستيلاد ، لانهما لا يقبلان الزوال بحال . قال وإذا مات مولى المكاتب لم تنفسخ الكتابة كيلا يؤدي إلى إبطال حق المكاتب إذ الكتابة سبب الحرية وسبب حق المرء حقه ، وقيل له أدي المال إلى ورثة المولى على نجومه ، لانه استحق الحرية على

(للتردد) أي لتردد المكاتب بين أن يؤدي فيعتق وبين أن يعجز فيرد إلى الرق (ولم يثبت الانتقال في الحال) أي الانتقال عن الموجب الاصلي .

فان قيل قوله ولم يثبت الانتقال عن الحال متنازع فيه ، لان مذهب زفر « رح » أن جناية المكاتب تصير مالاً في الحال من غير توقف على الرضاء والقضاء ، فما وجب أخذه في الدليل . قلنا ظهوره فان التردد في زوال المانع يمنع الانتقال لامكان عود الموجب الاصلي .

(فيتوقف على القضاء والرضاء ، وصار كالعبد المبيع إذا أبق قبل القبض يتوقف الفسخ على القضاء لتردده واحتمال عوده ، كذا هذا) أي لحكم العبد المبيع الآبق قبل القبض حكم المكاتب المذكور (بخلاف التدبير والاستيلاد ، لأنهما لا يقبلان الزوال بحال) فكان الموجب في الابتداء هو القيمة .

(قال) أي القدوري (وإذا مات مولى المكاتب لم تنفسخ الكتابة كيلا يؤدي إلى إبطال حق المكاتب) أي العبد المكاتب (إذ الكتابة سبب الحرية وسبب حق المرء حقه) لافضائه إلى وصوله . الحاصل أن الحرية حق العبد ، والكتابة سببها ، فتكون الكتابة حقه ، والحق لا يبطل بالموت كما لو كان على آخر دين ومات الآخر (وقيل له) أي للمكاتب (أد المال إلى ورثة المولى على نجومه) أي مؤجلا (لأنه استحق الحرية على

هذا الوجه ، والسبب انعقد كذلك ، فيبقى بهذه الصفة ولا يتغير إلا أن الورثة يخلفونه في الاستيفاء ، فإن أعتقه أحـــد الورثة لم ينفذ عتقه ، لانه لم يملكه ،

هذا الوجه ، والسبب انعقد كذلك فيبقى بهذه الصفة ولا يتغير) وهذا لأن المولى لما كان صحيحاً صح تصرفه بتأجيل الكل كإسقاطه ، بخلاف ما إذا كان مريضاً وكاتب ،فإن المكاتب يؤدي ثلث القيمة حالاً أو يؤدي رقيقاً ، لأنه لما كان مريضاً لم يصح تصرفـــه بتأجيل غير الثلث كاسقاطه .

فان قلت أين علم ها هنا أن المولى كان صحيحاً . قلت وضع المسألة على الاطلاق يدل على ذلك ، لأن ذلك هو المطلق من الأحوال .

(إلا أن الورثة) استثناء من قوله فلا يتغير قبل، كأنه جواب عما يقال كيف لايتغير سبب الحرية وقد كان له حق استيفاء البدل، فصار للورثة وقد نظير [1] فقال إلا ان الورثه (يخلفونه في الاستيفاء) فلا يكون تغيراً في عود الكتابة لانها باقية ، كما كانت ، فكما أن في سائر الديون يخلفونه فيه ولا يسمى ذلك تغيراً فكذلك دين الكتابـــة . وقال الطحاوى في مختصره ومن مات وله مكاتب الكتابة كاتب المكاتبة التي على المكاتب موروثة من مولاه كما يورث عنه سائر أمواله سواهـــا ، وكان للمكاتب إذا أدى لمولاه لا لورثته . وقال الاسبيجابي في شرحه المكاتب لا يورث وإنما يورث ما في ذمته من الكتابة ، فان أدى وعتق يكون الولاء من الميت لا من الورثة حتى انه يرثــه المذكور من عصبة الميت دون الاناث .

(فان أعتقه أحد الورثة لم ينفذ عتقه لانه لم يملكه) أى لأن المعتق لم يملك المكاتب حتى يصح عتقه . وفي شرح الاقطع وقال الشافعي « رح » ينفذ عتقه ، وهـــذا الخلاف فرع على أصل وهو أن المكاتب لا يصح بيعه ولا يصح أن يملك . وقال الشافعي في أحد

---

(١) هكذا سياق الكلام في الاصل ، وربما هو خطأ من الناسخ ، اه مصححه .

وهــذا لان المكاتب لا يملك بسائر أسباب الملك فكذا بسبب الوراثة ، فإن أعتقوه جميعاً عتق وسقط عنــه بدل الكتابة ، لانه يصير إبراء عن بدل الكتابة فإنه حقهم ، وقد جرى فيه الإرث ، فإذا برىء المكاتب عن بــدل الكتابة يعتق كما إذا أبرأه المولى ، إلا انه إذا أعتقه أحد الورثة لا يصير إبراء عن نصيبه ،لانا نجعله ابراء اقتضاء تصحيحاً لعتقــه ، والاعتاق لا يثبت بإبراء البعض

قوليه يجوز (وهذا) توضيح لما قبله (لان المكاتب لا يملك بسائر أسباب الملك ، فكذا بسبب الوراثة) فان لم يملك لم يصح عتقه ، لان لا عتق فيما لا يملكه ابن آدم (فان أعتقوه جميعاً) أي مجتمعين (عتق) استحساناً ، والقياس أن لا يعتق هــنا أيضاً، لانه أضيف تصرفهم إلى ما ليس بملكهم ، غير أن الاستحسان جوزه فصح (وسقط عنه بدل الكتابة لانه) أي لان عتقهم جميعاً (يصير ابراء عن بدل الكتابة) هذا وجــه الاستحسان (فانه) أي بدل الكتابة (حقهم وقد جرى فيه الارث) أي في بدل الكتابة فلهم أن يتركوا حقهم .

(فاذا برىء المكاتب عن بدل الكتابة يعتق ، كما إذا أبرأه المولى) فانه كان يسقط ويعتق ، فكذلك ها هنا (إلا انه إذا أعتقه أحد الورثة) وهذا جواب عما يقال اجعل اعتقاق أحد الورثة إبراء عن نصيبه فقال (لا يصير) أي اعتاق أحد الورثة ، وفي بعض النسخ لا يكون (إبراء عــن نصيبه ، لأنا نجعله إبراء) أي لانا نجعل اعتاق الكل ابراء (اقتضاء) أي بطريق الاقتضاء هو جعل غير المنطوق منطوقاً لتصحيح المنطوق(تصحيحاً لعتقه) لانه لايتصور من الورثة إلا بهذا الطريق ، لانهم ما ملكوا فجعل اعتاقهــم ابراء البدل تصحيحاً لتصرفهم وصوناً لكلامهم عن الالغاء .

(والاعتاق لايثبت بإبراء البعض) أي الاعتاق لا يثبت في المكاتب بابراء بعض بدل

أو أدائه في المكاتب لا في بعضه ولا في كله ، ولا وجه إلى ابراء الكل لحق بقية الورثة ، والله أعلم .

الكتابة (أو أدائه) أي أو أدى بعض البدل وقوله (في المكاتب) يرجع إلى الصورتين (لا في البعض) أي لا يثبت في بعض المكاتب (ولا في كله) أي في كل المكاتب. وفي بعض النسخ لا في بعضه ولا في كله إن اعتقه معلق بسقوط جميع البدل ، فاذا لم يكن اثبات المقتضى لا يثبت المقتضى .

(ولا وجه إلى إبراء الكل) يعني في صورة إبراء البعض ، لان الكل حق الكل وهو مضي قوله (لحق بقية الورثة والله أعلم) لان الكل مشتركون فيه .

فائدة : شرط الخيار جائز في عقد الكتابة عندنا خلافاً للثلاثة .

تمّ الجزء التاسع من البناية في شرح الهداية

ويليه الجزء العاشر مبتدئاً بكتاب الولاء



فهرس الجزء التاسع

صفحة

صفحة

صفحة

صفحة